Darlehn und depositum irregulare.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät
der
Königl. Bayer. Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen
vorgelegt
von

Hermann Best,
Gerichtsreferendar aus Wermelskirchen (Rheinland).

Bonn 1896.
Buch- und Steindruckerei Jos. Bach Wwe.

Inhalt.

§ 1. Einleitung. Festlegung der zu vergleichenden Begriffe und Gliederung der Arbeit. 7—14

Erster Teil.

Der thatsächliche Unterschied zwischen dem Thatbestand des Darlehns und dem des depositum irregulare. 15—21

§ 2. I. Vorbemerkungen. 21—27

1. Kein Unterschied ist zu erkennen im objektiven Thatbestand.
2. Der Unterschied kann also nur noch in der bei beiden Thatbeständen herrschenden Willensrichtung der Kontrahenten liegen. Was soll damit ausgedrückt werden?

II. Psychologische Untersuchung.

§ 3. 1. Beurteilung der in der Litteratur vertretenen Ansichten über den Unterschied. Zweck, Motiv, Interesse. 27—33

§ 4. 2. Der Unterschied wird in den Vertragszweck gesetzt, dessen Betrachtung zeigt, dass der Bedürfnispunkt der massgebende ist. 33—38

§ 5. III. DerUnterschied wird auf ökonomischem Gebiete weiter verfolgt. 38—40

§ 6. IV. Zusammenfassung.

Zweiter Teil.

Die Unterschiede in der juristischen Behandlung der beiden die besprochenen Thatbestände enthaltenden Rechtsgeschäfte.

Erster Abschnitt:

Kennt das positive Recht überhaupt das depositum irregulare als ein vom Darlehn verschiedenes besonderes Rechtsgeschäft?

I. Das römische Recht.

§ 7. 1. Alfenus, Papinian, Paulus, Scaevola: l. 31 D. 19,2; l. 24 D. 16,3; l. 26 § 1 D. 16,3; l. 25 § 1 D. 16,3; l. 20 § 1 D. 16,3; l. 28 D. 16,3. 41–55

§ 8. 2. Ulpian: l. 1 § 34 D. 16,3; l. 9 § 9 D. 12,1; l. 10 D. 12,1; l. 7 § 2 D. 16,3 und l. 24 § 2 D. 42,5. 55–65

§ 9. 3. Ergebnis der Exegese. 66–71

§ 10. II. Handelsrecht und neuere Gesetzgebungen. 71–74

Zweiter Abschnitt:

Welches sind im einzelnen die Punkte, bezüglich deren das positive Recht dem Thatbestand des depositum irregulare andere juristische Folgen giebt als dem Thatbestand des Darlehns?

§ 11. I. Vorbemerkung. 75–78

§ 12. II. Römische, heute weggefallene Unterschiede. 78–86

1. Die aus den beiden Geschäften entspringenden Klagen.

2. Die infamierende Wirkung der actio depositi.

3. Die auf das Darlehn beschränkte exceptio non numeratae pecuniae.

§ 13. III. Unterschiede nach gemeinem Recht, die in Zukunft wegfallen. 86–99

1. Was ist über das Konkursprivileg des irregulär Deponierenden und über die Verzinslichkeit der beiden Geschäfte zu sagen?

2. Das auf das Darlehn beschränkte Senatusconsultum Macedonianum.

3. Ausschluss der Kompensationseinrede beim depositum irregulare.

4. Ausschluss der Retentionseinrede beim depositum irregulare.

§ 14. IV. Die beiden im neuen deutschen bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Unterschiede. 99–104

1. Ort der Rückleistung.

2. Zeit der Rückleistung.

§ 15. Schlussbemerkung. 105–107

§ 1.

Die folgende Abhandlung hat sich zur Aufgabe gestellt, die beiden unter dem Namen „Darlehn“ und „despositum irregulare“ in der gemeinrechtlichen Lehre bekannten Rechtsgeschäfte in vergleichender Betrachtung einander gegenüber zustellen. Es würden also zunächst in knappen Umrissen die beiden Vergleichsobjekte zu charakterisieren sein. Was heisst „Darlehn“ — was heisst „depositum irregulare“? Welcher Sinn verbirgt sich zumal hinter dem letzteren Ausdruck?

Um das festzustellen, ist naturgemäss zunächst das Gesetz um Rat zu fragen. Definiert das Corpus juris die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte?

Paulus sagt in l. 2 pr. D. 12, 1: „mutuum damus recepturi non eandum speciem quam dedimus, sed idem genus.“ Darlehn ist der Vertrag, bei dem unter Hingabe einer Quantität vertretbarer Sachen zu Eigentum und Verbrauch verabredet wird, dass der Empfänger eine gleiche Menge gleich guter Sachen zurückgewähre. Der Begriff des Darlehns darf als feststehend bezeichnet werden.

Welchen Sinn aber verbinde ich mit dem Wort „despositum irregulare“? Hier sind wir nicht in der glücklichen Lage, auf Quellenstellen uns berufen zu können. Nicht nur würden wir vergebens nach einer Legaldefinition des depositum irregulare suchen, auch

der Versuch, aus den von einem depositum irregulare sprechenden Quellenstellen analysierend den Thatbestand des despositum irregulare entnehmen zu wollen, muss fehlschlagen, denn keine einzige Quellenstelle bringt den Ausdruck „despositum irregulare", kein Pandektenjurist gebraucht ihn. Ohne den Begriff „depositum irregulare" vorher festgelegt zu haben, würden wir also jene Stellen nicht finden können.

Wie aber vermeide ich es, dass auch mich, wie die Jesnitzersche[1]) Monographie, der Vorwurf Mühlhäusers[2]) trifft, dass ich „über den „„wahren"" Inhalt dieses Geschäfts ebenfalls ganz im Unklaren" wäre? Welchen Inhalt habe ich dem depositum irregulare meiner Arbeit zu geben, ohne dass Niemeyer[3]) mir, wie den von ihm so übermässig gründlich herangezogenen Kommentatoren, zurufen kann, dass mein depositum irregulare „nicht das depositum irregulare der heutigen Doktrin ist"?

In berechtigter Weise träfe mich der Vorwurf der Willkürlichkeit, wollte ich wie Schaffrath[4]) den Ausdruck „depositum irregulare" als Ausgangspunkt meiner Abhandlung wählen, wollte ich wie Mühlhäuser[5]) vom

---

[1]) Jesnitzer (Zoller), an detur depositum irregulare? 1775.

[2]) Ueber Umfang und Geltung des depositum irregulare, Erlangen 1879, S. 11.

[3]) Niemeyer, depositum irregulare, Halle 1889, S. 124.

[4]) Praktische Abhandlungen, Bautzen, 1841, No. XIV, S. 97 ff.

[5]) Zu Beginn seiner cit. Abhandlung. Dagegen mit Recht Löwenfeld in der kritischen Vierteljahrs-Schrift, Bd. XXII, S. 312; Niemeyer, a. a. O. S. 1,2; von Schey, die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I, Heft 1, Wien 1890, S. 55, Note 2; Bruckner in der kritischen Vierteljahrs-Schrift, Bd. XXXIV (Recension von Niemeyers depositum irregulare) S. 57.

„Begriff der Irregularität“ ausgehend aus dem Worte „depositum irregulare“ entnehmen, welche Sache es bezeichnet. Depositum irregulare ist nun einmal kein Wort, um dessen Bedeutung wir den Sprachgebrauch des Volkes fragen können, depositum irregulare ist ein leidiges Juristenwort. Und um festzustellen, was das depositum irregulare, das wir mit dem Darlehn vergleichen wollen, ist und bedeutet, bleibt uns, wenn anders wir jene oben gedachte Gefahr der Willkürlichkeit vermeiden wollen, nur die eine Möglichkeit der Fragestellung: Welchen Inhalt giebt die heutige gemeinrechtliche Doktrin dem Ausdruck „depositum irregulare“?

Da machen wir denn allerdings die Bemerkung, dass von jeher die verschiedensten Schriftsteller dieses Blankett — depositum irregulare, unregelmässiger Hinterlegungsvertrag — verschieden ausfüllten.[6]) Trotz-

[6]) Windscheids mit der im Text gegebenen übereinstimmenden Definition des depositum irregulare (Pandekten, 7. Auflage, Bd. II, § 379, S. 389) darf auch hier als die herrschende angesehen werden. Vergl. die ausführliche Zusammenstellung der Ansichten der übrigen Pandektisten bei Niemeyer a. a. O. S. 80—101. Die abweichenden Ansichten sind folgende:

1. die weitestgehende Meinung definiert depositum irregulare als jede Abänderung der naturalia des depositum durch accidentalia. So Glück in seinem Pandektenkommentar Bd. XV, S. 151.

2. depositum irregulare ist jedes depositum (von Fungibilien oder Nichtfungibilien) mit Gebrauchsbefugnis: Thibaut, Pandekten 8. Aufl., § 551; Schweppe, röm. Privatrecht, 2. Ausg., § 457; Wening-Ingenheim, Pand. 1. Aufl., Bd. II, § 233; Seuffert, Pand. 3. Aufl., Bd. II, § 317; Schmid, Ueber das depositum irregulare, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. XXX, S. 79.

3. depositum irregulare ist nur an verbrauchbaren Sachen möglich: Göschen, Vorlesungen, § 487. — Ebenso allein wie Göschen mit dieser Ansicht steht auch

4. die Brinzsche Sondermeinung, nach welcher depositum

dem aber ist nicht zu verkennen, dass sich in der modernen Rechtsdogmatik der vieldeutige Ausdruck depositum irregulare kristallisiert hat zu einem juristischen Begriff.[7]) Depositum irregulare liegt dann vor, wenn bei Hinterlegung vertretbarer Sachen die Rückgabepflicht gemäss übereinstimmendem auf Eigentumsübertragung gerichteten Parteiwillen auf tantundem, nicht idem geht. — Dies depositum irregulare der heutigen gemeinrechtlichen Doktrin ist das depositum irregulare unserer Abhandlung. — —

Schon aus der eingangs gebrachten kurzen Festlegung des Begriffes „depositum irregulare“ — in Betreff des Darlehns brauchten wir nur an dessen bekannte Definition zu erinnern — ist zu ersehen, dass beide Rechtsgeschäfte ungeheuer viel Aehnlichkeit haben. Wo liegt der Unterschied zwischen ihnen? Diese Frage werden wir zu beantworten haben.

Hier ist es am Platze, auf einen Punkt hinzuweisen,

---

irregulare jedes depositum von Fungibilien mit, wenn auch bedingter, Gebrauchsgestattung umfassen soll (Pandekten, 2. Aufl., Bd. II, § 317), d. h. das depositum irregulare ist ihm „ein bedingtes mutuum“. Mit Recht bemerkt Niemeyer a. a. O. S. 146 zu dieser Brinzschen Ansicht: „Die äusserliche Verbindung des reinen depositum mit einem Darlehnsangebot kann nicht die Aufstellung eines selbständigen juristischen Begriffs rechtfertigen.“ Neben seinem irregulären depositum kennt aber Brinz das depositum irregulare der herrschenden Ansicht als „irregulläreres“ depositum (a. a. O. § 317 Note 13); dieses sei „noch immer kein Darlehn“ a. a. O.), aber auch „überhaupt kein depositum mehr, auch kein irreguläres“ (a. a. O. § 297, Note 24).

7) Die Bezeichnung depositum irregulare taucht zuerst 1485 bei Jason de Maino auf (Niemeyer a. a. O. S. VII u. S. 110 Note 21), und hat, wie Niemeyer a. a. O. ausführt, erst im 19. Jahrhundert sich als terminus technicus eingebürgert.

der m. E. bei Arbeiten wie der vorliegenden nur allzuhäufig ausser Acht gelassen wird.

Die logische Form jedes Rechtssatzes lässt sich zurückführen auf Thatbestand und Rechtswirkung. Wenn die Thatsachen so liegen, dann tritt das und das als Rechtsfolge ein: so bestimmt das objektive Recht. Jene Thatsachen findet die Rechtsordnung vor, ihre Aufgabe ist es nun, diese Thatsachen, falls sie in dem nach Zweckmässigkeitsprincipien von dem Gesetzgeber gezogenen Kreise juristischer Bedeutsamkeit liegen, rechtlich zu normieren. Wie die Subsumtion eines bestimmten Thatbestands unter einen bestehenden Rechtssatz eine Hauptaufgabe des praktischen Juristen ist, so ist die Analyse der Thatbestände, die juristische „Scheidekunst“[8]), das wichtigste Arbeitsfeld der Jurisprudenz. Unzählbar ist die Fülle der Thatbestände, die das bunte Leben der Rechtsordnung als zu bearbeitenden Stoff darbietet. Eine Systematik der Thatbestände ist unmöglich. Da helfen keine künstlichen Kategorien und dialektischen Konstruktionen, da wollen reelle Lebensvorgänge verstanden werden. Ebenso wie der Richter, der das Gesetz anwenden soll, so muss der Gesetzgeber, der es schafft, mit dem praktischen Leben Fühlung halten, um ihm gerecht werden zu können. Auch das Wesen der Rechtsgeschäfte hat die Jurisprudenz dem Leben abzulauschen.

Dabei kommt es denn auf den Takt, das an den Verhältnissen des praktischen Lebens geschärfte Rechtsgefühl des jeweiligen Gesetzgebers an, ob er die Unterschiede zweier juristisch relevanter Thatsachen für erheblich genug hält, um sie auch verschieden rechtlich zu determinieren, oder ob er die Abweichungen jener Thatbestände

8) Ihering, Geist des röm. Rechts, Bd. III, 1. Abth., 2. Aufl., S. 11.

für so unbedeutend erachtet, dass er ihnen dieselbe juristische Behandlung zu Teil werden lässt.

Aber wenn auch verschiedene Thatbestände dieselben Rechtswirkungen haben können, so kann doch ein und derselbe Thatbestand immer nur dieselben Rechtsfolgen nach sich ziehen. Verschiedene Ursachen können dieselbe Wirkung, aber derselbe Ursachenkomplex nicht bald diese, bald jene Wirkung haben.

Wie nun aber unten nachzuweisen ist, hat das positive Recht an den Thatbestand des depositum irregulare vielfach andere Rechtsfolgen geknüpft als an den des Darlehns. Das wäre unmöglich, wenn der Thatbestand der beiden Geschäfte derselbe wäre.

Für unsere Arbeit lernen wir aus vorstehender Betrachtung:

Es ist nicht genug, die Frage nach dem Unterschied von depositum irregulare und Darlehn mit Aufzählung der verschiedenen durch das positive Recht bestimmten Rechtsfolgen zu beantworten. Um den Unterschied jener beiden Rechtsgeschäfte voll zu erkennen, ist durch die Entwicklung des Unterschieds in ihren Thatbeständen die Thatsache zu erklären, dass eben die Rechtsordnung verschiedene Rechtsfolgen bei ihnen eintreten lassen kann.

Den letzteren, den Unterschieden in der rechtlichen Normierung der beiden Rechtsgeschäfte, ist von jeher in der Litteratur eine ausgiebige Beachtung geschenkt, manche Schriftsteller beschränken sich allein auf deren Behandlung. Die Untersuchungen über die m. E. wichtigste Frage: Wie unterscheiden sich die beiden Rechtsgeschäfte in ihrem Thatbestand? sind dagegen vernachlässigt; sie werden beschränkt[9]) auf ein weniges,

[9]) Vergl. z. B. Voltz, über das depositum irregulare, München 1858, S. 32 und 33.

anhangsweise vorgebrachtes Herumoperieren mit vieldeutigen und daher nichtssagenden Phrasen, leeren Worten, die uns im konkreten Fall keinen Anhalt dafür geben, ob ein bestimmtes Geschäft den Rechtsgrundsätzen des Darlehns oder denen des depositum irregulare unterliegen muss. Es erscheinen jene Untersuchungen auch durch Niemeyers das depositum irregulare nicht nur im geltenden Recht, sondern auch begrifflich mit dem Darlehen identificierende Arbeit ebensowenig gefördert wie durch deren den überaus schätzenswerten Iheringschen[10]) Gedanken folgende Recension von Bruckner.

Wie wichtig die Entscheidung jener Frage aber ist, ergiebt sich, wenn wir uns nur einmal auf den praktischen Standpunkt des urteilenden Richters stellen. Was hilft mir es, wenn ich genau im Gesetze finde: „Aus einem Darlehn entspringen diese und aus einem depositum irregulare jene Berechtigungen und Verpflichtungen", wenn ich die Frage nicht beantworten kann: Wann ist denn ein Geschäft Darlehn, wann ist es depositum irregulare?

Fassen wir nunmehr das Ergebnis der bisherigen Erörterung zusammen.

Die Arbeit gliedert sich von vornherein in zwei Hauptteile: Die Aufgabe des ersteren wird es sein, den Unterschied im Thatbestande der beiden Rechtsgeschäfte herauszufinden, im zweiten Teil wird darzulegen sein, welche verschiedenen Rechtsfolgen das positive Recht mit jenen Thatbeständen verbunden hat.

Bei der vorurteilsfreien Analyse des Thatbestandes der beiden Geschäfte ergeben sich die folgenden Möglichkeiten:

I. Der Thatbestand des depositum irregulare kann derselbe sein wie der des Darlehns — es ist dies der

[10]) Vergl. die Citate in Note 21.

Standpunkt Niemeyers; — ein und denselben Thatbestand kann die Rechtsordnung auch nur einheitlich normieren: depositum irregulare hat keinen besonderen juristischen Körper, kann also auch kein selbständiges Rechtsgeschäft neben dem Darlehn sein. — Oder aber

II. Der Thatbestand des depositum irregulare ist verschieden von dem des Darlehns — der Standpunkt der herrschenden Lehre; — hier giebt sich die doppelte Möglichkeit für das positive Recht:

1. Der Unterschied ist bedeutend genug, um die verschiedenen Thatbestände mit verschiedenen rechtlichen Folgen auszustatten — der Standpunkt des römischen Rechts, wie unten nachzuweisen, und auch der unseres neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

2. Der Unterschied ist zu unbedeutend, als dass der Gesetzgeber ihm Rechnung tragen müsste — so die meisten modernen Gesetzgebungen, und dieser Standpunkt dürfte de lege ferenda nach Ansicht des Verfassers nur zu empfehlen sein.

Erster Teil.

§ 2.

Die herrschende Meinung geht, wie oben bemerkt, dahin, dass depositum irregulare ein selbständiges rechtsgeschäftliches Gebilde neben dem Darlehn ist. Das Hinterlegen von vertretbaren Sachen behält nach dieser Meinung selbst dann den Charakter des Hinterlegungsvertrags, wenn auch der Depositar das Eigentum der hinterlegten Sachen erwirbt und nicht dieselben, sondern ebensoviel derselben Qualität zurückzuleisten sich verpflichtet.

Aber auch der Darlehnsempfänger erhält vertretbare Sachen zu Eigentum, auch er verpflichtet sich, ebensoviel derselben Qualität zurückzuleisten. Weshalb spricht man dort von depositum irregulare, hier von Darlehn? Wozu zwei Typen von Rechtsgeschäften statt einer? Worin liegt der Unterschied?

Jenes irreguläre depositum behält trotzdem, so sagt die gemeine Meinung, den Charakter des Hinterlegungsvertrags. Der Unterschied der beiden Thatbestände soll also darin liegen, dass der Darleiher das Geld — der Vereinfachung halber wollen wir in der Folge nur von dieser wichtigsten der vertretbaren Sachen sprechen — „darleiht", der irregulär Deponierende es „hinterlegt". Auch beim irregulären depositum wird also aus dem Hingeben des Geldes kein „Darleihen", es bleibt ein „Hinterlegen".

Ist das nur eine müssige Wortklauberei, oder ver-

birgt sich dahinter ein tieferer Sinn? Die folgenden Zeilen mögen die Frage beantworten. —

Die äusserlich wahrnehmbaren Thatbestände der beiden Rechtsgeschäfte sind dieselben. Diese Ansicht beherrscht auch die Litteratur. Doch auch sie ist nicht unbestritten. Bestritten wird sie nun zwar nicht von den Schriftstellern[11]), die darauf aufmerksam machen, dass beim depositum irregulare gewöhnlich der Zinsfuss niedriger, die Rückzahlungs- und Kündigungsfristen — falls das depositum irregulare nicht stets rückforderbar ist — kürzer verabredet würden als beim Darlehn. Sie sind weit davon entfernt, diese Punkte als unbedingt massgebende Kriterien aufzustellen. Und was heisst denn auch „kürzer", was „niedriger"? — Was nützen diese relativen Begriffe dem Richter, der einen Fall entscheiden soll? — Bestritten wird das behauptete gänzliche Fehlen unterscheidender äusserer Merkmale durch Brinz. Brinz[12]) führt zur Unterscheidung von Darlehn und depositum irregulare an, der erste Anstoss zum Geschäft, also die Offerte oder die ihr vorausgehende Aufforderung zur Offerte müsse beim depositum irregulare vom Geber, beim Darlehn vom Nehmer ausgehen. Das mag für

---

[11]) z. B. Schey a. a. O. S. 57; Endemann, Lehrbuch d. Handelsrechts, 4. Aufl. 1887, S. 595.

[12]) Pandekten § 317 und krit. Vierteljahrs-Schrift Bd. XXV. S. 189. Brauchbarer als der im Text angegebene Brinzsche Gesichtspunkt ist dagegen der von ihm a. a. O. zugleich herangezogene Gesichtspunkt des Bedürfnisses, den auch die Redaktoren unseres Bürgerlichen Gesetzbuches — vergl. unten S. 28 — als massgebend anerkennen. Auch Endemann in seiner Abhandlung „der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte" (in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. IV.) S. 63 versteht wohl dies unter seine „Nachfrage".

recht viele Fälle richtig sein[13]). In dieser Allgemeinheit aber ist die Brinzsche „Rogationstheorie“ unrichtig. Brinz selbst sagt an anderer Stelle[14]): „Darlehne kann man auch anbieten.“ Und dass auch der Nehmer nicht selten den Anstoss zum depositum irregulare giebt, darauf weisen Mühlhäuser[15]) und Cohn[16]) überzeugend hin. Die Gewohnheit der Verbreitung von Zirkularen und Annoncen zeigt, dass für das Vorhandensein von depositum irregulare oder Darlehn der Gesichtspunkt, wer der zuerst Nachfragende ist, nicht entscheidend sein kann.

Es bleibt dabei: die äusseren Thatbestände der beiden Rechtsgeschäfte sind dieselben. Die weiter unten folgende Exegese der römischen Quellen wird uns zeigen: Die Hingabe von Geld mit consentierter Eigentumsübertragungsabsicht, mit der Abrede, ut tantundem redderetur, oder mit der Gebrauchserlaubnis erscheint nach den Quellen bald als Darlehn[17]), bald als depositum irregulare[18]). Ist Geld als reguläres depositum hingegeben worden, und einigen sich hinterher die Parteien über Eigentumsübergang und Restitution in genere oder Gebrauch, so verwandelt sich damit das reguläre de-

---

[13]) Und so heisst es ja auch in l. 9 § 9 D. 12, 1 „qui mutuum rogavit“, in den vom depositum irregulare sprechenden l. 24 D. 16, 3 und l. 26 § 1 eod. dagegen „qui beneficium in suscipienda pecunia dedit“ und „suscepi“.

[14]) Pand. Bd. II § 297 Note 24.

[15]) a. a. O. S. 55.

[16]) in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts Bd. III. S. 926.

[17]) so l. 2 pr. D. 12, 1 u. a.

[18]) so l. 31 D. 19, 2; l. 24, l. 26 § 1, l. 25 § 1, l. 28 D. 16, 3.

positum bald in ein Darlehn, bald in ein depositum irregulare[19]).

Und ferner: Ist nicht Eigentumsübergang und generische Restitution auch das Merkmal des pignus irregulare — man denke an Baarkaution, — der locatio conductio operis irregularis — man denke an Geldsendung mittels Postanweisung[20]), — und des Quasiususfructs[21])? Ist nicht der äussere Thatbestand auch dieser, in ihrer positiven Geltung sowie ihrer Existenzberechtigung so oft angefochtenen, sog. irregulären Kontrakte derselbe wie bei depositum irregulare und Darlehn? Welches ist das entscheidende Kriterium, auf welches geprüft auch diese äusserlich übereinstimmenden Thatbestände differieren? —

Jene in die äussere Erscheinung tretenden Geschehnisse sind es nicht allein, die der Richter bei der Subsumtion eines Thatbestandes unter einen juristischen Begriff zu berücksichtigen hat. Die erheblichste Grundlage jedes Rechtsgeschäfts ist und bleibt der Wille der Kontrahenten. Nur eine „unzulässige Ueberschätzung der Bedeutung des objektiven Thatbestands für die

---

[19]) Im ersteren Sinne verstehe ich l. 9 § 9 D. 12, 1, in letzterem l. 29 § 1 D. 16, 3, vergl. auch § 607 Abs. 2 und § 700 Satz 2 des neuen Bürgerl. Gesetzbuches.

[20]) vergl. auch den Mandatsfall der l. 22 § 7 D. 17, 1.

[21]) Zu diesen Geschäften vergl. Ihering, Zweck im Recht, Bd. I, 1. Aufl. S. 169 Note 2; dens. in seinen Jahrbüchern für Dogmatik Bd. IV. S. 403—404; Hanausek, die Lehre vom uneigentlichen Niessbrauch nach gemeinem Recht, Erlangen 1879, S. 162—179; Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbesondere das sog. pignus irregulare, Wien 1868, S. 38—45; Halpert, über die juristische Natur der Vertretungssachen nach gemeinem Recht, Berlin 1888, S. 36—42; von Schey a. a. O. S. 50—52.

uristische Konstruktion der Rechtsgeschäfte und eine damit Hand in Hand gehende Unterschätzung des subjektiven Vertragsmoments“[22]) konnten Niemeyer[23]) schreiben lassen, dass „das entscheidende Moment nicht die auf ein depositum irregulare gerichtete Absicht der Kontrahenten sein kann.“ Ist doch gerade auf dem Gebiete der Realobligationen das psychologische Element von eminentester Bedeutung neben der in der historischen Entwicklung ursprünglich allein dominierenden res! „Je nach dem Willen, der die That erzeugt, können zwei Handlungen, die nach aussen hin vollkommen identisch scheinen, in Wahrheit grundverschieden sein.“[24]) Daher haben denn auch von jeher die Schriftsteller von der Glosse bis auf unsere modernen Pandektisten den Unterschied zwischen depositum irregulare und Darlehn in die Willensrichtung der Parteien gesetzt. „Schwierig, aber bloss als quaestio facti schwierig, ist die Lösung der Frage, ob die Parteien im konkreten Fall ein irreguläres depositum oder ein Darlehn gewollt haben“, sagt mit Recht Unger[25]). Und nur das Suchen nach sicheren Merkmalen, nach denen im konkreten Fall die Entscheidung, ob der Parteiwille auf Darlehn oder auf depositum irregulare ging, zu treffen ist, führte in der Litteratur zu abweichenden Resultaten, — abweichend mehr in der Formulierung als in der Sache[26]).

[22]) Bruckner a. a. O. S. 62.

[23]) a. a. O. S. 139.

[24]) Wlassak, zur Geschichte der negotiorum gestio S. 68.

[25]) in seiner Besprechung des sächsischen Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches S. 93.

[26]) Das verkennt vollkommen Niemeyer bei seiner Besprechung der in der Litteratur vertretenen „Grundauffassungen“ des Thatbestandsunterschieds zwischen depositum irregulare und Darlehn, a. a. O. S. 138—146; vgl. auch seine Kritik der Windscheidschen Formulierung S. 49 ff.

Die Willensrichtung der Parteien ist massgebend. Dass es freilich „ausserhalb der Macht des Parteiwillens liegt, die juristische Natur des Geschäfts willkürlich zu bestimmen", wie Niemeyer[27]), jene These missverstehend, betonen zu müssen glaubt, ist doch wohl selbstverständlich. Die Geschäftsparteien denken meist gar nicht an die rechtliche Form, die der Jurist ihrer Willenserklärung giebt, sie denken an einen bestimmten ökonomischen Effekt, den sie durch ihre Abmachungen in dem unbestimmten Gefühl, dass die Rechtsordnung ihrem Willen ihre Sanktion ertheilen wird, erreichen zu können glauben. Die Beweiserhebungen, die der Richter anzustellen hat, können sich nicht darauf richten: Hast du A dem B gesagt, wir wollen ein depositum irregulare eingehen, und hast du B dem A darin beigestimmt? Da würde A den B und B den A und beide würden denRichter fragen: Was ist denn depositum irregulare? — Die Prädicierung eines gewissen Thatbestandes als irgend eines Typus der von der Rechtsordnung aufgestellten Rechtsgeschäfte ist Aufgabe des Richters. Daraus, dass wir von den Parteien nicht das richtige Operieren mit den juristischen Kunstnamen erwarten dürfen, folgt für den Richter, dass bei der von ihm zu bewerkstelligenden Subsumtion die von den Kontrahenten wirklich gewählten Bezeichnungen und Ausdrücke nicht massgebend sind[28]).

Wir gaben der Frage nach dem Unterschied im Thatbestand der beiden fraglichen Rechtsgeschäfte die Fassung: Welches sind die Anhaltspunkte, bei deren

[27]) a. a. O. S. 139.

[28]) In diesem Sinne sprechen sich auch aus die Erkenntnisse des Reichsgerichts (Entscheidungen in Civilsachen) Bd. I S. 206, des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII S. 117 f., das Erkenntnis in Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. XXII, S. 465.

Vorhandensein der Richter annehmen darf, dass die Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung an ein depositum irregulare knüpft, sich mit dem von den Parteien angestrebten wirtschaftlichen Erfolg decken; und welche Anhaltspunkte berechtigen ihn zu der Annahme, dass der Geschäftstypus des Darlehns mit seinen juristischen Konsequenzen in concreto der der Parteiabsicht angemessene ist? Aeussere Thatbestandsmerkmale, so stellten wir fest, giebt es nicht, die dem Richter sagen könnten: Hier ist ein Darlehn von den Parteien intendiert, dort geht ihre Absicht auf ein depositum irregulare. Jene Anhaltspunkte können wir nur auf psychologischem Gebiet finden. Nur die genaue Erforschung der Parteiintention beim Abschluss beider Geschäfte, der Verhältnisse, Eindrücke und Vorstellungen, die die Parteien zum Geschäft trieben, kann diese Anhaltspunkte ergeben[29]).

§ 3.

Auch die Litteratur über das depositum irregulare hat dessen Unterschied vom Darlehn auf psychologischem Gebiete gesucht. Als entscheidendes Kriterium wird

[29]) Niemeyer a. a. O. S. 76, 109 glaubt der Erscheinung besonders Gewicht beilegen zu müssen, dass in den römischen Quellen nirgends eine Andeutung unterscheidender Gesichtspunkte sich fände. Das ist nur zu erklärlich. So gross die Römer in ihrem Rechtsinstinkte waren, so schlechte theoretische Psychologen waren sie doch auf der andern Seite. Die römischen Juristen würden Niemeyer einfach mit dem Wort des Celsus aus l. 38 D. 6. 1 geantwortet haben: bonus judex varie ex personis causisque constituet. Unterscheidende Gesichtspunkte herausfinden, das mag der mehr spekulativ angelegte deutsche Theoretiker; der römische Praktiker fühlt den Unterschied, was braucht er ihn zu formulieren? Der Rat der l. 8 pr. D. 17, 1: uniuscujusque contractus initium spectandum et causam, genügt ihm.

bald der Geschäftszweck, bald das Motiv, das die Parteien zum Geschäftsabschluss bringt, bald das vorwiegende Interesse, das die eine oder die andere Partei am Zustandekommen des Geschäfts hat, genannt. Es ist nötig auf diese Begriffe näher einzugehen. Nur dann lässt es sich vermeiden, dass sich der Streit um leere Worte drehe, fehlt doch gerade der Psychologie jede feste Terminologie.

Darlehn und depositum irregulare sind Verträge. beide erfordern also übereinstimmende Willenserklärung beider Kontrahenten. Zwei Personen, Geber und Nehmer, sind da, zwei ineinandergreifende Handlungen sind hier wie dort erforderlich, damit diese Personen ein obligatorisches Band umschlinge. Wie kommt der Geber dazu, dem Nehmer sein Geld — wir wollen, wie gesagt, der Einfachheit halber nur von Geld sprechen — zu geben, und wie kommt der Nehmer dazu, vom Geber das Geld anzunehmen?

Wie kommt der Mensch überhaupt zum Handeln[30])? Er empfindet Unlust über seine jetzige Lage, Lust nach einer neuen Lage, deshalb erstrebt er mit Bewusstsein den Zweck, d. i. die Aufhebung der vorhandenen Unlust, und ergreift die Mittel dazu, in der Vorstellung, dass das Mittel den erstrebten Erfolg nach dem Gesetze der Kausalität herbeiführen werde. Alle Handlungen haben also denselben psychologischen Zweck: Aufhebung vorhandener Unlust.

Der Inhalt der Unlust, deren Aufhebung bezweckt wird, kann aber ein sehr verschiedener sein, und dieser Inhalt der Unlust unterscheidet daher einen Zweck vom

[30]) vergl. zu Folgendem: Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, Kap. II S. 83—196.

andern, — damit erhalten wir den realen oder äusseren Zweck der Handlung. Dieser reale Zweck ist demnach der letzte, die Lust unmittelbar hervorbringende Erfolg als Endpunkt der ganzen Kausalitätsreihe gedacht.

Dasselbe Mittel kann verschiedenen Zwecken dienen, äusserlich vollkommen identische Handlungen können verschiedene Zwecke haben: denn der Inhalt der Unlust kann ja verschieden sein. Beim Vertrage besteht nun das Mittel, durch das der eine Kontrahent seinen Zweck erreichen will, darin, dass er seinen Mitkontrahenten seinem Zwecke dienstbar macht. Er erweckt durch seine Handlung im Mitkontrahenten eine Vorstellung, die mit anderen zusammenwirkend diesen ebenfalls zur Setzung eines Zweckes, zu einer Handlung treibt. Er verknüpft den eigenen Zweck mit dem fremden Interesse.

Die Handlung des Mitkontrahenten bildet mit ein Motiv zur Setzung des Zweckes, zur Handlung des andern. Die Wechselwirkungen der beiderseitigen Zwecke, das Zueinanderpassen der beiderseitigen Interessen: sie schaffen den Vertrag.

Bei jedem Vertrage haben wir zwei Handlungen. Keine Handlung ohne Zweck wie keine Wirkung ohne Ursache. Bei jedem Vertrage haben wir also zwei Zwecke. Diese beiden Zwecke sind nie dieselben, denn sonst könnte kein Vertrag zwischen d i e s e n beiden Personen zustande kommen. Die Zwecke müssen aber zu einander passen wie Haken und Oese. Man spricht nun aber auch von d e m Zweck des Vertrags. Damit wird dann ausgedrückt, dass der Zweck des einen Kontrahenten es ist, der dem Vertrag seinen typischen Charakter giebt. Der Zweck dieses Kontrahenten erscheint einer objektiveren Beobachtung als der Zweck des Kontrakts.

Wie allüberall, so gilt auch auf psychologischem

Gebiete das Kausalitätsgesetz. Das Setzen des Zweckes ist nichts Spontanes, auch es hat seine causas efficientes: die Motive[31]). Wie der Inhalt der aufzuhebenden Unlust verschieden sein kann und daher die gleichen Handlungen sich durch ihre Zwecke unterscheiden, so können auch die Ursachen der hier wie da aufzuhebenden Unlust, die Motive zum Setzen des Zwecks, verschieden sein. Doch dieselben Wirkungen können auf verschiedenen Ursachen beruhen, verschiedene Wirkungen in ihrem Ursachenkomplex unter anderen verschiedenen causierenden Faktoren auch ein und dasselbe ursächliche Moment enthalten. Ein und derselbe Zweck kann doch sehr verschiedene Motive haben und ungleiche Zwecke ein gleiches Motiv. Deshalb ist es ungenau, wenn man den Unterschied von Darlehn und depositum irregulare in das „Motiv" setzt. Ungenau sowohl wenn man mit Ihering[29]) unter Motiv eigentlich Zweck versteht, als besonders, wenn man mit dem Ausdruck „Motiv" den Sinn verbindet, den wir soeben feststellten. Letzterenfalls ist es mehr wie ungenau. Wohin diese inkorrekte Denkweise führt, zeigt sich, wenn bei dem hier in Frage stehenden äusseren Thatbestand gerichtliche Erkenntnisse[32]) dann ein depositum irregulare

[31]) Mit Zitelmann a. a. O. S. 165 halte auch ich die Behauptung, Motiv und Zweck deckten sich, seien dasselbe, nur in verschiedener Funktion betrachtet, für unrichtig. Dies gegen Ihering, der (Zweck im Recht 3. Aufl. Bd. I S. 28 Note und S. 49) den subjektiven Zweck Motiv nennt. Im Munde Iherings ist es daher auch keine Ungenauigkeit und kein Widerspruch, wenn er in der 3. Aufl. S. 162 die Verschiedenheit zwischen depositum irregulare und Darlehn in das „Motiv" setzt, während er in der 1. Aufl. von „Zweck" als dem entscheidenden Kriterium sprach.

[32]) Vergl. das Oberappellationsgericht Dresden in Seufferts Archiv Bd. XVI No. 211, und die vom Appellationsgericht Eisenach

annehmen, wenn der Vertrag den Stempel der „Gefälligkeit“ an sich trägt, und man andererseits behauptet hat, die beim Geschäft vorhandene „Spekulation“ involviere den Thatbestand des Darlehns.[33]) Weder die „Gefälligkeit“ noch die „Spekulation“ kann als das die beiden Geschäfte unterscheidende Merkmal aufgefasst werden, denn dem depositum irregulare ist das Moment der „Gefälligkeit“ ebensowenig essentiell wie dem Darlehn das der „Spekulation“. Tausende von Darlehen werden aus Gefälligkeit gegeben, die Quellen bezeugen uns, dass der ursprüngliche Charakter des Darlehns gerade das gratuitum, das Freundesgeschäft, war. Und andererseits wird das Gelddeposit beim Banquier nicht dadurch zum Darlehn, dass der Banquier nicht aus lauter Gefälligkeit und Nächstenliebe es annimmt.

Jede Handlung setzt ein Interesse voraus. Ein Handeln ohne Interesse ist eine eben solche psychologische Unmöglichkeit wie ein Handeln ohne Zweck. Denn man versteht ja unter Interesse, wie Ihering[34]) sagt, „die Beziehung des Zweckes auf den Handelnden“. Die Kategorie des Interesses verweist uns auf die Kategorie des Zwecks. Kein Handeln ohne Interesse des Handelnden, kein Vertrag ohne beiderseitiges Interesse der Kontrahenten. Spricht man davon, ein Vertrag sei im Interesse des einen Kontrahenten abgeschlossen, so

---

in Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. XXII S. 465 reprobierte Ansicht des Untergerichts.

[33]) Diese — m. E. unhaltbare — Ansicht hielt ein hochgestellter rheinischer Praktiker als die von ihm vertretene mir entgegen. Richtig ist nur, dass wenn den das Geld Gebenden hierzu die Spekulation treibt, das Geschäft nie depositum irregulare, immer Darlehn ist. Das folgt einfach aus dem, was wir unten bezüglich des Zwecks der beiden Geschäfte sagen werden.

[34]) Zweck im Recht Bd. I S. 53.

kann man damit das Interesse des anderen am Vertrage nicht negieren. Hätte jene andere Person kein Interesse am Vertrage, so käme der Vertrag einfach nicht zustande. Aber es kann freilich sein, dass dem ausserhalb des Vertrags Stehenden das Interesse des einen Kontrahenten als das bedeutendere erscheint, so mag oft das rein ideelle Interesse des einen hinter dem materiellen Interesse des andern zurücktreten. Wir haben hier dieselbe Erscheinung, wie wenn wir von dem Zweck des Vertrages sprechen hören.

Das Reichsgericht[35]) führt bezüglich des Unterschieds von Darlehn und depositum irregulare aus, „dass es wesentlich darauf ankommt, ob vorzugsweise und zunächst das Interesse des Einlegenden die Einlage veranlasst hat oder aber das Interesse des Empfängers oder beider Teile". Aehnlich Windscheid[36]): „Das Darlehn wird gegeben im Interesse des Empfängers oder — beim verzinslichen Darlehn — im Interesse der Parteien; hinterlegt wird im Interesse des Hinterlegenden." Zweifellos richtig. Und doch kann ich die Formulierung Windscheids und des Reichsgerichts nicht als besonders glücklich ansehen. Denn einmal, warum an Stelle eines klaren Begriffs — Zweck — einen weniger fest umgrenzbaren anderen Begriff — Interesse — setzen, der doch nur auf jenem ersteren basiert? Einen Begriff, der ferner mit „Mehr" und „Grösser" operieren muss? Das „vorzugsweise und zunächst", das das Reichsgericht ausdrücklich, Windscheid — nach dem oben Ausgeführten — implicite als ausschlaggebend anführen, ist ein Massbegriff, ein Quantitätsurteil, mit dem praktisch

[35]) Entscheidungen Bd. I No. 75 S. 207.
[36]) Pand. Bd. II §. 379 Note 4.

wenig anzufangen ist, zumal da jene Formulierungen kein Wort darüber sagen, welcher Art, welches Inhalts das Interesse ist, das hier der eine, dort der andere Teil „vorzugsweise und zunächst“ am Vertrage hat.

§ 4.

Wir sahen, auch das nähere Eingehen auf das „Motiv“, das „Interesse“ eines Vertrages führt uns immer auf die Kategorie des „Zwecks“ zurück. Das Wort „Interesse“, d. h. das „Sich-Interessieren für den Zweck“[37]) war uns zu unbestimmt, zu farblos. In ein „Motiv“ oder auch „die Motive“ der Kontrahenten den Unterschied zweier Verträge zu setzen, schien uns unrichtig. Gehen wir die Kausalitätsreihe, die zum Vertrage führt, vom Vertragsabschluss rückwärts, so ist der nächstliegende psychologische Faktor, auf den wir stossen, der Zweck.

Was ist der Zweck des Darlehns und des depositum irregulare? Hier oder nirgends finden wir den Unterschied.

Der Zweck des Darlehns ist die Kapitalsleihe, der des depositum irregulare die Hinterlegung, die Verwahrung eines Kapitals. Dem Darlehn giebt der Zweck des Darlehnsempfängers, die Verschaffung von Kapital zur Abhilfe eines, wenn auch nur augenblicklichen, Geldmangels, den typischen Charakter, dem depositum irregulare der Zweck des Deponenten, die Abwälzung der Gefahr und Last der Aufbewahrung. Beim Darlehn hilft der Geldgeber einem Bedürfnis ab, beim deposi-

[37]) Ihering, Zweck im Recht Bd. I S. 52.

tum irregulare der Geldnehmer[38]), oder, wie es Reatz[39]) als die Ansicht der Redaktoren unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs formuliert, „die Veranlassung zum Darlehn liegt stets in den Bedürfnissen des Empfängers, die Veranlassung zum depositum irregulare stets im Bedürfnis des Hinterlegers". —

Der Darlehnsempfänger nimmt Geld und verspricht, eben soviel zurückzuleisten. Wie kommt er dazu? Not oder augenblickliche Verlegenheit, Unternehmungsgeist oder Spekulation, Leichtsinn oder Genusssucht, oder was es auch sei —, kurz die mannigfaltigsten Verhältnisse, Vorstellungen und menschlichen Neigungen wecken in ihm die Unlust über sein gegenwärtiges Geldbedürfnis und damit den Trieb, demselben abzuhelfen. Was aber ist der Inhalt der Unlust, die den Darleiher sein Geld ausleihen lässt? Die Antwort wird nicht für alle Fälle dieselbe sein. Der Inhalt seiner Unlust kann lediglich die Unlust des ihm gegenüberstehenden Geldbedürftigen sein. Dadurch, dass er durch die Hingabe des Geldes die Unlust des andern in Lust verwandelt, mag auch seine eigne Unlust gehoben sein. Es ist das Freundesdarlehn, das gratuitum. — Häufiger jedoch fühlt sich der Egoismus, diese allmächtige Triebfeder jeder menschlichen Handlung, nicht befriedigt durch die blosse Hilfeleistung für die Mitmenschen und damit zusammenhängenden religiösen oder sittlichen Vorstellungen, häufiger ist er auf materielle Vorteile gerichtet. Zu dem

[38]) vergl. oben Note 12, sowie auch Dernburg, Pandekten 3. Aufl. Bd. II § 93.

[39]) Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, in der Beilage zur Zeitschrift f. deutschen Civilprocess Heft I. S. 321 Note 2.

Unlustgefühl, verursacht dadurch, jemanden bedürftig zu sehen, mag sich die Unlust darüber gesellen, dass flüssiges Kapital brach liegt, der Privatwirtschaft ein Produktionsfaktor vorenthalten wird. Hier tritt neben die Unlust über das fremde Nicht-Haben die Unlust über das eigene Haben. Zweck des Vertrags auf Seiten des Darlehnsgebers gemäss dem Inhalt der durch den Vertrag bei ihm aufzuhebenden Unlust ist hier Abhülfe des Geldmangels des Mitkontrahenten und zugleich Fruchtbarwerden des eigenen Kapitals. Der Vertrag wird zum verzinslichen Darlehn. Der Zins wird um so geringer sein, je mehr die zur eigenen Unlust gemachte fremde Unlust sich Geltung verschafft gegenüber der Unlust über das Brachliegen des eigenen Kapitals: Es ist das der verschiedensten Modifikationen fähige Darlehn des bürgerlichen Verkehrs. — Der Egoismus in seiner krassesten Form sieht im Mitmenschen lediglich das Mittel zu seiner eigenen Befriedigung. Die Unlust auf Seiten des Kapitalisten, die ihn mit dem Geldbedürftigen zusammenführt, kann sich lediglich beziehen auf die Unproduktivität des eigenen Geldes. Die Unlust des Darlehnssuchers bildet nur ein Motiv dazu, dass der Darleiher seinen Zweck, Gelderwerb durch Ausleihen, in Beziehung zu gerade dieser Person bringt. Das Darlehn wird hier stets verzinslich sein, der Zinsfuss ein relativ hoher und konstanter sein, an dem Gebräuchlichen oder gar nur an der Angst vor dem Staatsanwalt seine Grenze finden.

Allen den besprochenen Modalitäten, vom gratuitum auf der einen bis zum „Geschäft“ par excellence auf der andern Seite, ist aber gemeinschaftlich der Zweck des Darlehnsempfängers, die Abhülfe seines Geldbedürfnisses.

Auch beim depositum irregulare geht Geld aus der einen Hand in die andere, und auch hier findet sich das Rückleistungversprechen. Doch im Gegensatz zum Darlehn drückt hier der das Geld Hingebende dem Vertrag den Stempel seines Zweckes auf. Dieser Zweck beim depositum irregulare aber ist derselbe wie beim depositum regulare: der Zweck der Verwahrung.

Die Unlust des Geldbesitzers, sein Geld selbst verwahren zu müssen, sei diese Unlust nun hervorgerufen durch Bequemlichkeit, Raummangel, fehlende Sicherheit oder wodurch nur immer, diese Unlust erzeugt den Trieb, die Mühe der Aufbewahrung von sich abzuwälzen, sich des Geldes zu diesem Zwecke zu entledigen. Der Trieb dieses Nichthaben-Wollens kann von verschiedener Intensität sein. Man kann nur das thatsächliche Haben einem andern überlassen wollen, sich selbst aber die rechtliche Möglichkeit, über das hingegebene specielle Objekt zu disponieren, vorbehalten. Die objektiv vertretbare Sache, das Geld, ist hier durch Parteiwillen individualisiert und als species behandelt. Man kann aber auch seiner rechtlichen Herrschaft über jenes Geld sich begeben wollen, auf die einzelnen Geldstücke kommt es dem Hingebenden nicht an, generelle Restitution genügt ihm.

Der regelmässige Fall, in dem der Hinterlegungszweck in die Erscheinung tritt, ist der erstere: das depositum regulare. Weshalb begnügt sich aber der Deponent damit nicht, weshalb wählt er oft auch die zweite Form, warum will er den sachenrechtlichen Schutz des Eigentümers und des juristischen Besitzers entbehren? Doch nur, weil er trotz des Eigentumsverlustes grössere Vorteile mit dieser Form verknüpft glaubt. Je verbreiteter, je entwickelter der Geldverkehr, um so wichtiger wird auch das Forderungsrecht als Vermögensbe-

standteil. Die Form des depositum irregulare ermöglicht es ferner, dass der Deponent viel leichter einen Mitkontrahenten für seinen Hinterlegungszweck findet. Denn beim depositum regulare verletzt der Depositar seine Vertragspflicht, wenn er das Geld anrührt. Was wird ihn also zum Vertrage bewegen, da er doch meist[40]) keine Vergütung seiner Mühewaltung bekommt? Die Unlust, die ihn zum Handeln treibt, hat ihre Ursache und ihren Inhalt lediglich in der Unlust des Deponenten; daher die gratuitas als Charakter des depositum regulare. Das ändert sich aber, sobald das Geld in seiner generellen Funktion auftritt, sobald aus dem depositum regulare das depositum irregulare wird, sobald der Depositar — unbeschadet seiner Pflicht, stets auf Verlangen des Deponenten zu restituieren — mit den hingegebenen Geldstücken schalten und walten kann, wie ihm beliebt. Hier kann also als weiteres Motiv für den Depositar die Vorstellung auftreten, dass, wenn er dem Hinterlegungsbedürfnisse des anderen abhilft, er selbst über Geldmittel verfügen wird, die in seiner Hand Frucht tragen werden. Ausser dem wohlwollenden Freund geht auch jetzt der spekulierende Geschäftsmann den Hinterlegungsvertrag ein, derDeponent findet leichter einen Depositar.

Mit dem utendum dare entsteht nun aber auch der Begriff der usurae. Dem Deponenten entgeht es nicht, dass der Depositar, indem er dem Aufbewahrungsbedürfnis des Deponenten dient, auch seinen eigenen Vorteil fördert, und zwar mit Geld, das wirtschaftlich doch eine dem Deponenten noch gehörige Wertmenge darstellt. Steht der Dienst, den der Depositar dem Deponenten

[40]) vgl. Baron, Pandekten, 8. Aufl. §§ 227 und 299 gegen Windscheid, Pand. Bd. II § 377; vergl. auch § 689 des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches.

durch die Aufbewahrung erweist, jetzt noch in richtigem Verhältnis zu dem Vorteil, den das deponierte Geld dem Depositar bringt? Es entsteht der Begriff des verzinslichen depositum irregulare. Und alle jene Möglichkeiten, die wir beim Darlehn genauer schieden, können hier wiederkehren, — aber nur neben den aus dem Aufbewahrungsbedürfnis fliessenden Erscheinungen und durch sie modifiziert.

Fragen wir nun also: Weshalb wird der Deponent irregulär deponieren? so bleibt die Antwort: weil er sein Geld verwahrt haben will. Wenn er aber damit zugleich auch sein Geld Zinsen tragen lassen kann, so wird er sich diesen Vorteil nicht entgehen lassen. Der Depositar andererseits will nicht nur dem Aufbewahrungszweck des andern dienen, sonst würde auch er ein reguläres depositum annehmen. Er will zugleich über Geld verfügen können.

Im kaufmännischen Geschäftsverkehr, wo Darlehn und depositum irregulare den Charakter der gratuitas abgestreift haben, wo eine Identificierung der beiden Geschäfte so verführerisch ist, verfolgt der irreguläre Deponent zugleich den Zweck des regulär Deponierenden, Abwälzung der Mühe und Gefahr der Aufbewahrung, und daneben, wenn möglich, den des Darleihers, Fruktifizierung verfügbaren Kapitals durch Ausleihen desselben an den das Geld zu seinen wirtschaftlichen Operationen Benötigenden; der irreguläre Depositar will dem Aufbewahrungsbedürfnis des Mitkontrahenten genügen wie der reguläre Depositar, und wie der Darlehnsnehmer wünscht er ausserdem zur Verfügung über Kapitalien zu kommen, die ihm die Durchführung seiner wirtschaftlichen Pläne erst ermöglichen[41]).

[41]) Gegen Schey a. a. O. S. 27 und 56, und Halpert a. a. O. S. 37 Note 44, Folgendes: Die „Natur des Objekts", die Fungi-

Unsere Betrachtung zeigte uns: das depositum irregulare will nicht nur vermitteln zwischen dem Nichthaben und dem Haben von zur Hinterlegung dienendem Raum, zur Verwahrung nötiger Sorgsamkeit, sondern auch in zweiter Linie zwischen dem Haben und dem Nichthaben von zum Kreditieren dienendem Geld. Der Zweck der Hinterlegung bleibt das Charakteristische für depositum regulare und irregulare, er bleibt also derselbe, wenn zum Verwahren auch der wirtschaftliche Vorgang zwischen Deponent und Depositar hinzukommt, den das Darlehn allein verkörpert: das Kreditieren.

Der psychologischen mag eine ökonomische Betrachtung folgen.

§ 5.

Das Darlehn dient dem Leihzweck, das depositum irregulare dem Verwahrungszweck. Aber ist mein Darlehnsschuldner nicht auch für mich der Verwahrer einer mir gehörigen Wertmenge? und andererseits erscheine ich nicht auch als Darleiher gegenüber dem irregulären Depositar? Allerdings. Geht daraus nicht hervor, dass das angeführte Zweckmoment nicht das entscheidende sein kann? Keineswegs. Der grosse Unterschied besteht doch darin, dass der Gesichtspunkt, dass meine Kasse sich da befindet, wo mein Darlehnsschuldner ist, nicht auf den Depositums- und Darlehnsschuldner beschränkt bleibt. Der natürlichen Betrachtungsweise — und § 24

---

bilität, ermöglicht es lediglich, dass die Parteiabsicht bei der Hinterlegung zugleich auf ein Kreditieren gehen kann. Die Kreditierung ist auch beim depositum irregulare ebenso wie beim Darlehn Folge der Parteiabsicht, nicht der „Natur des Objekts", liegt daher nicht, wie jene Schriftsteller behaupten als „nur mittelbare Wirkung des Geschäfts" im „Effekt".

C. P. O. giebt ihr nur den gesetzlichen Ausdruck — erscheint doch der Wohnsitz eines jeden Schuldners und deshalb auch des Darlehnsschuldners als der Ort, wo mein Vermögen sich befindet. Das die Schuld zur Darlehnsschuld machende Moment kann also nicht in dieser allgemeinen rein sekundären Erscheinung liegen. Ebenso erledigt sich das aufgeworfene Bedenken beim depositum irregulare. Hier bildet die Aufbewahrungspflicht des Depositars den eigentlichen Ausfluss des Hinterlegungsvertrags[42]). Dass mit dieser dem depositum irregulare wie regulare typischen Aufbewahrungspflicht beim depositum irregulare noch ein Kreditieren verbunden ist, macht dasselbe nicht zum Darlehn. Denn diese Erscheinung teilt das depositum irregulare mit einer Reihe anderer Geschäfte[43]), die die Römer auch keineswegs als Darlehen behandelt wissen wollen.

Zweck des depositum irregulare bleibt Hinterlegung, Zweck des Darlehn Leihe. Zweck eines Instituts sei nur ein anderer Ausdruck für den Inhalt des Instituts, sagt einmal Ihering[44]). Nun gut, was beim Darlehn Zweck, typischer Vertragsinhalt ist, findet sich bei anderen Geschäften als Begleiterscheinung und so auch beim depositum irregulare. Und der Zweck des depositum irregulare, dessen Inhalt, findet sich umgekehrt auch bei anderen Geschäften und so auch beim Darlehn als sekundäres Moment. Das depositum irregulare ist seinem Thatbestande nach ebensowenig ein Darlehn, wie das Darlehn ein depositum. Dass noch von niemandem behauptet ist, das Darlehn sei eigentlich ein

[42]) vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XII No. 20 S. 87 — Seufferts Archiv Bd. XL. Nr. 14 S. 19. 20.

[43]) vergl. oben S. 18.

[44]) Geist des römischen Rechts Bd. II. S. 364.

besonderer Fall des Depositumsvertrages, hat nicht etwa darin seinen Grund, dass der Darlehnsschuldner weniger als Aufbewahrer erscheint, als der irreguläre Deponent als Darleiher, sondern einfach darin, dass der im Darlehn verkörperte und im depositum irregulare sekundär auftretende Kreditgedanke eine viel grossartigere, nicht nur unser ganzes wirtschaftliches Leben beherrschende sondern auch eine besondere juristische Form (Eigentumsübergang und generelle Restitution) erheischende und daher auffälligere und fühlbarere Rolle spielt als der im depositum lebendige und sekundär in jeder Forderung erscheinende Aufbewahrungsgedanke.

Wählen wir als Vergleichspunkt einmal den Kreditgedanken.

Der Leihzweck bezw. der Hinterlegungszweck charakterisiert nicht nur mutuum bezw. depositum irregulare, dem Bedürfnis des Empfängers bezw. Gebers kann auch dadurch abgeholfen werden, dass der, der sein Geld leiht bezw. hinterlegt, die Rechte des Eigentümers behalten und die Geldstücke als specielle Individuen in obligatione sein lassen will. Dafür stellt das objektive Recht die Geschäftstypen des commodatum und depositum regulare auf: Wie ich Geld ostendi gratia, ad pompam vel ostentationem commodieren kann, so kann ich pecunias obsignatas, in arca, regulär deponieren. Aber das Geld in genere suo functionem recipit: in der abstrakten Vermögensmacht, die es verleiht, liegt seine wirtschaftliche Bedeutung. Jene Geschäftszwecke lassen sich bei Fungibilien auch so erreichen, dass der Parteiwille diese Sachen nur generisch bestimmt und mit dem Entstehen einer Obligation zugleich einen Eigentumswechsel herbeiführt. So erst entstehen mutuum und depositum irregulare.

Der gleiche wirtschaftliche Gedanke der im Darlehn wie im depositum irregulare also lebendig ist, ist der Kreditgedanke. Der Leihzweck ist es, der den Begriff „Kredit“ erst schuf. „Kredit“ ist gleichsam die Potenzierung von „Leihe“. „Kredit“ und „Leihe von generisch bestimmtem Geld“ (-Leihe eines abstrakten Wertes) ist identisch. Das objektive Recht hat nun ein Geschäft ausgebildet, dass diese Wertleihe ganz rein ohne weitere Ingredienzien darstellt: es ist das Darlehn. „Kredit“ und „Darlehn“ ist nicht dasselbe, denn ersterer ist ein wirtschaftlicher, letzterer ein juristischer Begriff. Weil aber letzterer den wirtschaftlichen Kreditgedanken so unverfälscht wiedergibt, werden beide Ausdrücke oft promiscue gebraucht, und das Resultat eines solchen Verquickens wirtschaftlicher und juristischer Begriffe sehen wir z. B. in der Niemeyerschen Arbeit vor uns.

Im Darlehn, das ganz allein auf ihm beruht, hat der Kreditgedanke „das Licht der Welt erblickt“[45]), das Darlehn ist daher das „Urkreditverhälnis“[46]), das „Prototyp des Kreditgedankens“[47]), das „creditum κατ' ἐξοχήν“[48]), das „creditum credendi causa“[49]). Das depositum aber dient von vornherein dem Verwahrungszweck, dem Zweck der Hinterlegung. Der Hinterlegungszweck ist etwas anderes als der Leihzweck, daher wohnt dem depositum auch nicht von vornherein der dem Leihzweck entsprungene Kreditgedanke inne. Erst dadurch, dass dem Hinterlegungszweck sich der Kredit-

[45]) Ihering, Zweck im Recht Bd. I 3. Aufl. S. 171.

[46]) Ihering, Zweck im Recht Bd. I. 1. Aufl. S. 181.

[47]) Levy, cit. bei Kohn in Endemanns Handb. d. Handelsr. Bd. II. S. 360 Note 33.

[48]) Bruckner a. a. O. S. 68.

[49]) Schey a. a. O. S. 27 mit Bezug auf Gaius, Inst. III, 124.

gedanke zugesellt und dies wirtschaftliche Nebeneinanderstehen eine einheitliche juristische Form erheischt, wird das depositum regulare zum irregulare. Der Kreditgedanke ist vom Begriff des Darlehns nicht nur unzertrennlich, in dem Kreditgedanken geht der Begriff des Darlehns ganz auf. Nicht aber umgekehrt im Darlehn der Kreditbegriff. Das gerade zeigen die sog. irregulären Kontrakte: Wie sich im pignus irregulare der Sicherungszweck, in der locatio conductio irregularis der Mietzweck sich mit dem Kreditgedanken juristisch zu einer einheitlichen Rechtsform zusammenschloss, so entsprechend auch beim depositum irregulare. Hier ist das primäre der Aufbewahrungszweck, der, wenn er allein auftritt, das depositum regulare darstellt. Tritt zu dem Aufbewahrungszweck der Kreditgedanke hinzu, so ändert das an dem Wesen des Geschäfts, vertreten durch den Aufbewahrungszweck, nichts[50]), es ist nur auch dieses Geschäft dem den Verkehr beherrschenden Kreditgedanken dienstbar gemacht. Einer mit juristischen Ausdrücken operierenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise erscheint also im depositum irregulare neben dem depositum regulare ein „accessorisches Darlehn“[51]). Ist

[50]) vergl. auch die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. IX S. 437.

[51]) Der Ausdruck ist von Ihering, der aber auch nicht verfehlt, besonders hervorzuheben — Zweck im Recht Bd. I, 1. Aufl. S. 177 —, dass er den Gesichtspunkt des accessorischen Darlehns nicht für „einen formal juristischen Gesichtspunkt“ halte, ihm vielmehr nur „den Wert eines ausserordentlich treffenden, ich möchte sagen, genial-intuitiven socialen und ökonomischen Gedankens“ vindizieren möchte. Trotz dieser pathetischen Verwahrung konnte Ihering a. a. O. S. 174 doch schreiben, die condictio certi sei die neben der actio depositi hergehende Klage aus dem accessorischen Darlehn! Ihering scheint seine Inkonsequenz gefühlt zu haben: in

das Wesen des Darlehns das utendum dare, so ist das des depositum irregulare das custodiendum et utendum dare. Indem das depositum irregulare den Begriff der Depositumsobligation von der specifischen auf die generische Bestimmung der Sachen erweitert, erscheint es als die „ökonomische Potenzierung der Grundidee der Aufbewahrung“[52]), während das Darlehn, das „Urkreditverhältnis“, als die ökonomische Potenzierung des Leihegedankens aufzufassen ist.

§ 6.

Ziehen wir die Summe unserer ganzen bisherigen Untersuchung.

Der Thatbestand des Darlehens und der des depositum irregulare haben äusserst viel Verwandtes. Unbedingt massgebende äussere Unterschiede zwischen ihnen existieren nicht. Aber grundverschieden sind sie ihrer causa nach. Hier Leihzweck, dort Hinterlegungszweck, hier Bedürfnis des Geldnehmenden, dort Bedürfnis des Geldgebenden. Daraus erklären sich alle jene Erscheinungen, die, dem Durchschnitt der grossen Mehrheit der Fälle abgelauscht, hier und da in der Litteratur mit Unrecht als unbedingt massgebend hingestellt werden.

Zunächst wird derjenige, dessen Bedürfnis das Geschäft entspringt, der das meiste Interesse an dem Zustandekommen des Vertrags hat, gewöhnlich auch den ersten Schritt zum Geschäft thun, und daher wird vom Darlehnsnehmer ebenso wie vom Deponenten sehr oft der erste Anstoss zum Geschäft ausgehen.

---

der 3. Aufl. fehlt die letztere Stelle. Dafür hat aber Bruckner in seiner citierten Abhandlung den Iheringschen Fehler wiederholt.

[52]) Keller, Pandekten § 310.

Und weiter: Das Interesse des Deponenten erfordert es, dass er jederzeit über das hinterlegte Geld wieder verfügen kann, er wird sich nicht gern durch Weggabe des Geldes auf eine festbestimmte geraume Zeitspanne mit längeren Kündigungsfristen dieser Möglichkeit entschlagen. Und auf Seiten des Depositars bedeutet die Rückgabe des Geldes, zufolge dem oben entwickelten Charakter des Hinterlegungsvertrags, mehr eine Erledigung seiner Aufbewahrunspflicht als die Aufgabe einer bisher zu seiner Verfügung stehenden Wertgrösse: darum wird auch er stete Fälligkeit, keine oder sehr kurze Kündigungsfristen als zweckentsprechend empfinden. — Andererseits, beim Darlehen, kann es nur im Interesse des Darlehensschuldners liegen, wenn er genau weiss, wie lange er mit dem entliehenen Geld als einem Faktor seiner Privatwirtschaft rechnen darf, lange Kündigungsfristen erleichtern es ihm, für Bereithaltung des Geldes am Verfalltage zu sorgen. Und dabei sieht der Darleiher beim verzinslichen Darlehen sich der Mühe überhoben, jeden Augenblick für eine anderweitige Fruktificierung seines Kapitals sorgen zu müssen: daher häufiger terminierte Darlehne als stets fällige

Ferner als unausbleibliche Folge der beiden erwähnten Erscheinungen: Nach dem volkswirtschaftlichen Gesetz von Angebot und Nachfrage sowohl wie gemäss den berührten Fälligkeitsbestimmungen und Kündigungsverhältnissen wird gewöhnlich beim Darlehen die Verzinsung eine höhere sein als beim depositum irregulare.[53])

Aber alle diese berührten Punkte bilden höchstens Momente, die den Richter in der Annahme des einen

[53]) vergl. bezüglich der Praxis der Banken: Wagner „der Kredit und das Bankwesen" in Schönbergs Handbuch 2. Aufl. Bd. I, S. 441.

oder anderen Geschäfts bestärken können, Kriterien, die ihn zu der Annahme bestimmen könnten, sind es nicht. Eine Reihe von Fällen, in denen die hervorgehobenen Anhaltspunkte alle zutreffen, wird dem Zweifel, ob Darlehn oder depositum irregulare vorliegt, keinen Raum lassen. Aber häufig wird das praktische Leben auch Fälle bringen, wo der Richter Mühe genug haben wird, die richtige Antwort auf die Frage zu finden: Die Annahme welcher Rechtsform wird hier dem Parteiwillen gerecht? Da wird er an keinen äuseren Kriterien eine Stütze finden, da wird ihm nur die Beachtung des Bedürfnispunktes, des vorwiegenden Interesses oder, wie wir lieber formulieren möchten, des Geschäftszwecks die Entscheidung erleichtern können.

Zweiter Teil

Erster Abschnitt.

§ 7.

Wir lernten im Vorstehenden zwei Thatbestände kennen, die im grossen Ganzen identisch, doch in einem immerhin bedeutungsvollen Momente erheblich differieren.

Unsere Arbeit will eine juristische sein. Die nächste Frage, deren Beantwortung uns obliegt, ist also: Wie stellt sich das positive Recht zu dem gefundenen Unterschied?

Und zwar zunächst: Schenkt es ihm Beachtung? Oder ignoriert es ihn?

Ist die Beantwortung der Frage in dem letzteren Sinne richtig, so könnte unsere bisherige Untersuchung nur für gesetzgeberische Erwägungen in betracht kommen, sie war vom Standpunkt des positiven Rechts aus zwecklos, weil juristisch gleichgültig. Ubi lex non distinguit, judici non licet distinguere. — Kommen wir aber zu der Ueberzeugung, dass das positive Recht jene Thatbestände nicht gleich normiert, sondern für sie zwei Rechtsformen kennt, so ist zweitens nachzuforschen, welches nun die einzelnen verschiedenen rechtlichen Folgen sind, durch deren Statuierung jener Thatbestandsunterschied juristisch zum Ausdruck gebracht ist.

Die folgende Darstellung wird zeigen, dass wir uns auf dem festen Boden des positiven Rechts bewegen, wenn wir von einem Unterschied von Darlehn und depo-

situm irregulare sprechen, dass das depositum irregulare kein „figmentum doctorum“[54]) ist.

Wir wiesen schon oben darauf hin, dass den römischen Quellen der Ausdruck depositum irregulare unbekannt ist. Aus dem Fehlen des Ausdrucks folgt nicht die Nichtkenntnis der durch den Ausdruck bezeichneten Sache. Aber wir sind durch das Fehlen des Ausdrucks depositum irregulare in die Notwendigkeit versetzt, — vor allem Niemeyer gegenüber — den Beweis zu führen, dass die Römer den Thatbestand des depositum irregulare der heutigen Doktrin nicht als Darlehn qualificiert haben, sondern als eine Depositumsart behandeln. Zugleich sind damit die Gesetzesstellen festzulegen, in denen die römischen Juristen von unserem depositum irregulare reden.

Das für und gegen das depositum irregulare verwendbare Quellenmaterial steht seit alters fest. Aber die Auslegungen der für die Interpretation anerkanntermassen schwierigen Stellen sind überaus verschieden; und manche Interpreten verfallen m. E. in den Fehler, zu vergessen, dass die einzelnen Entscheidungen des römischen Praktikers nicht als abstrakte Gesetzesparagraphen ausgelegt sein wollen, dass der Jurist vielmehr nur jeweils den einzelnen Fall entschied, und dass daran auch die Thatsache nichts ändert, dass Justinian den in Responsen, Quaestionen u. s. w. vorliegenden Niederschlag der römischen praktischen Rechtswissenschaft zum Gesetz erhob. Dass in den nun folgenden Stellen sich Widerspruch auf Widerspruch häufte, dass Papinian und Paulus gerade den gegenteiligen Standpunkt wie Ulpian eingenommen hätten, glaube ich nicht zugeben zu dürfen.

[54]) für ein solches giebt Niemeyer a. a. O. S. 33 nach dem Vorbild älterer Schriftsteller das depositum irregulare aus.

Was zunächst die lex in navem Saufeji[55]) betrifft, so ist die entscheidende Vorfrage, auf die es Alfenus bei seinem bekannten Falle ankommt, die, ob das Getreide in das Eigentum des Schiffers übergegangen ist oder nicht. Der Gedankengang des Juristen ist nun folgender:

Ist Getreide oder Geld Gegenstand einer Obligation, wie z. B. der hier in Frage stehenden obligatio reddendi, so hängt es vom Parteiwillen ab, ob diese vertretbaren Sachen als species oder als lediglich generell bestimmte Sachen in Betracht kommen sollen; letzterenfalls geht Eigentum über, andernfalls nicht. Das nobile officium judicis hat also in einem solchen Falle unter Würdigung aller Umstände den vermutlichen Parteiwillen herauszuinterpretieren. Fälle solcher Art finden sich sowohl bei der vorliegenden locatio wie beispielsweise auch beim depositum. So ist bei Hinterlegung einer unverschlossenen, nur hingezählten Geldsumme wohl der mangels anderer Anhaltspunkte zu vermutende Parteiwille[56]), dass tan-

---

[55]) l. 31 D. 19, 2: . . . . rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur aut ejusdem generis redderetur; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem juris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solvere.

[56]) Als eine Interpretationsregel, als einen auch heute noch beachtenswerten Erfahrungssatz fasse ich also mit Schirmer (Beiträge zur Interpretation von Scaevolas Responsen, Archiv für die civilistische Praxis Bd. LXXVIII S. 36) die Worte des Alfenus auf. Darin, dass die Reception der durch die actio oneris aversi schon „verdächtigen" Stelle in die Kompilation nur „auf einem Versehen" beruhe, und dass der in Alfenus Worten zu findende „ergänzende Rechtssatz" schon im klassischen und justinianischen Recht unpraktisch geworden sei, darin kann ich Niemeyer (a. a. O. S. 22—29) nicht beistimmen. Wenn aber andrerseits das Erkenntnis in Seufferts

tundem zurückgezahlt werden soll. Sucht man so auch bei der vorliegenden locatio den vermutlichen Parteiwillen — und damit kommt der Jurist zu seinem Ausgangspunkte zurück —, so muss man wohl nach Lage des Falles annehmen, dass nach der Parteiabsicht tantundem tritici zurückgegeben werden sollte. Alfenus entscheidet sich also in dem ihm vorliegenden Rechtsfalle für Eigentumsübergang.

Die Stelle spricht von den zwei Möglichkeiten, wie Geld deponiert werden kann: regulär — so dass die Rückgabepflicht sich auf die bestimmten Stücke bezieht; oder so, dass das Eigentum an den hingegebenen Stücken übergeht und die Rückgabepflicht auf tantundem geht — auch das bleibt immer noch eine Hinterlegung, „est ergo

---

Archiv Bd. X No. 127 und neuerdings das O.-L.-G. Hamburg (in Seufferts Archiv Bd. L No. 191 S. 324) es wegen l. 31 cit. für ausgemacht halten, dass unverschlossene Hinterlegung von Geld durch offene Zuzählung stets den Depositar zur Rückgabe von nur tantundem verpflichte, stets demgemäss die auf Eigentumsübertragung gerichtete Willenserklärung anzeige, so ist diese Meinung auf keinen Fall zu billigen (vergl. auch Niemeyer a. a. O. S. 15). Bei unverschlossener Hingabe von Geld geht das Eigentum erst mit der Konsumtion oder Vermischung über, falls nicht der Wille der Kontrahenten auf sofortigen Eigentumsübergang gerichtet ist. Abweichende Auffassungen beruhen entweder auf einem Rückfall in die seit Iherings lichtvoller Darstellung in seinen Jahrbüchern Bd. IV S. 402ff doch längst überwundene Verwechselung des Unterschieds von vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen einer-, von species und genus andrerseits; oder auf einem Vergessen des für die Erforschung, ob die vertretbaren Sachen speciell oder generell bestimmt sind, grundlegenden Satzes, dass immer die gesamten konkreten Umstände des einzelnen Falles für die Bestimmung der Parteiintention massgebend sind. Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. V S. 5, Mandry, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. XLVIII S. 220, Goldschmidt, Handelsr. Bd. II S. 22, Bruckner a. a. O. S. 61.

depositum", wie die Glosse in Bekämpfung der in dem depositum irregulare ein Darlehn sehenden Lehre hier einschiebt. Dass an ein Darlehn von Alfenus gedacht sei, das anzunehmen, berechtigt uns nichts. Und wenn Niemeyer[57]) dieser althergebrachten[58]) Erklärung mit der Behauptung entgegentritt: „Alfenus gewährt nicht die actio depositi, sondern versagt sie", so sind doch die Gründe für den den Alfenusworten untergeschobenen Sinn, „dass der Deponent sich zufrieden geben müsse, wenn er casu quo tantundem erhalte", nicht überzeugend, wie übereinstimmend auch Schirmer[59]) und Bruckner[60]) zugestehen. —

Eine weitere für unsere Materie stets citierte Stelle ist l. 24 D. 16, 3 aus Papinians Quaestionen.[61]) Schon die völlig sachgemässe scharfsinnige Interpretation dieser

[57]) a. a. O. S. 28.

[58]) Vangerow, Pandekten 7. Aufl. Bd. III S. 416.

[59]) a. a. O. S. 37. 38.

[60]) a. a. O. S. 59.

[61]) „Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi admunerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo". quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? — Quod ita verum est si id actum est ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

Stelle durch Vangerow [62]) zeigt, dass der Widerspruch, der wie Niemeyer [63]) meint, „jedenfalls prima facie darin enthalten ist", nicht existiert. Um den vermeintlichen Widerspruch zu heben, sucht Niemeyer, gestützt auf die — wie Schirmer [64]) nachweist — völlig unmotivierte Annahme, der Ausdruck „non facile", die Wiederholung „tantundem non idem" klängen nicht papinianisch, seine Leser davon zu überzeugen, dass die Worte von „quod ita verum" bis „et est quidem" von einem Dritten, einem Referenten bei der Kompilation, kritisierend beigefügt seien, [65]) und dass diese Einschaltung dann stehen geblieben sei, auch hier wieder, wie bei l. 31, „infolge irgend eines Versehens" [66]). M. E. brauchen wir nicht die Annahme einer Interpolation, weder in der Niemeyerschen, noch in der Dernburgschen [67]) Gestalt, um in der Stelle keinen Widerspruch zu finden. Einen Widerspruch entdeckt man in der Stelle nur, wenn man annimmt, dass Papinian durch das „quod ita verum etc." sein Responsum habe einschränken wollen. Wozu diese Annahme? Enthält doch schon die Glosse die völlig befriedigende Erklärung!

Ich darf die Stelle paraphrasierend wiedergeben.

Es fragt sich für Papinian, ob der Sempronius Zinsen fordern könne.

I. Die erste Frage für den römischen Juristen ist nun: mit welcher Klage? Antwort: mit der actio depositi.

---

[62]) Pand. Bd. III. S. 419ff.

[63]) a. a. O. S. 31.

[64]) a. a. O. S. 41. 42.

[65]) a. a. O. S. 34—37.

[66]) a. a. O. S. 37.

[67]) Pandekten Bd. II S. 246 Note 2: „eine tadelnde Note von Ulpian."

Warum? Ganz einfach, weil das zu beurteilende Geschäft ein depositum ist.[68]) Freilich, es giebt zwei ganz verschiedene Arten depositum, und Papinian geht von der einfacheren Form aus, um dann bei dem hier zutreffenden komplizierteren Falle stehen zu bleiben.

1. Fall: si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur — für diesen Fall ist die Zulässigkeit der a° depositi zweifellos[69]), denn das ist ja der gewöhnliche, normale Fall. Aber auch für den

2. Fall ist sie anwendbar, nam[70]) si ut tantundem

[68]) Niemeyer, S. 36 giebt hier, wie vor ihm schon Neustetel (in seinen und Zimmerns römischrechtlichen Untersuchungen, Heidelberg 1821 No. I) S. 17 die frappierende Antwort: nur aus Billigkeit, obwohl thatsächlich ein mutuum vorliegt! Und doch sagt Papinian ausdrücklich: „quid est enim aliud commendare quam deponere?" Allerdings Niemeyer S. 39—40 wirft Papinian darob formalistischen Wortkultus vor, — ein Vorwurf, der nicht Papinian sondern die Kompilatoren trifft, wenn sie bei ihrem bisweilen doch etwas oberflächlichen und kritiklosen Excerpieren das „commendare nihil aliud est quam deponere" in l. 186 D. 50, 16 als regula juris aufstellen. Papinian aber klebt nicht am Worte, der Sinn seiner Worte ist: das Geschäft will im Ganzen verstanden sein, und demnach erscheint es, welches auch die gebrauchten Worte sein mögen, als depositum. — Niemeyer folgend kommen wir aber zu der, schon durch Vangerow a. a. O. S. 417 durch ein halbes Dutzend Ausrufungszeichen genügend gewürdigten „sonderbaren Verwirrung und Verirrung" (Dernburg Pand. Bd. II S. 246 Note 2), dass seit Papinian jedes Darlehn, lediglich damit der Richter eventuell zu Zinsen verurteilen konnte, mit der actio depositi einklagbar gewesen wäre. — Auch Schirmer a. a. O. S. 43 sieht in l. 24 eine „Neuerung Papinians", „den Sieg der in dem ausdrücklichen Zinsversprechen" — von dem ich in dem Thatbestand der Stelle nichts finde — „verpfändeten bona fides über die wirtschaftliche und juristische Folgerichtigkeit des Geschäfts"!

[69]) verum i. e. indubitanter, sagt die Glosse.

[70]) dass diese Konjunktion „nam" sich nicht mit der Ansicht der Glosse verträgt, behauptet Niemeyer a. a. O. S. 32, — mit Unrecht, wie aus dem Text hervorgeht.

solveretur convenit, so geht diese Vereinbarung zwar über die allerbekanntesten Grenzen des Depositumsvertrags hinaus[71]), aber — „est tamen depositum", (wie die Glosse hinzufügt). Ja freilich, wenn das römische Recht kein depositum mit der Abrede „tantundem reddi" kännte, oder wenn der vorliegende Fall, — rein hypothetisch einmal angenommen[72]) — sich als Darlehen qualificierte, also si actio depositi non teneat: dann brauchte die Frage nach den Zinsen gar nicht noch erörtert zu werden. Sed tamen tenet actio depositi, ut dixi[73]); und deshalb die Möglichkeit

II. der Frage nach den Zinsen näher zu treten. Die erste Frage war nur Präjudizialfrage für diese zweite, deren Entscheidung die Parteien ja von Papinian wollen. Die actio depositi ist eine actio bonae fidei. Die Möglichkeit der Zinsberücksichtigung officio judicis, die bei der Darlehnsklage ausgeschlossen wäre, ist also gegeben. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Depositar stets ohne weiteres Zinsen geben muss; das wäre contra bonam fidem. Und contra depositi naturam würde es auch sein. Zinsen kann also Sempronius nur fordern, wenn die Voraussetzungen des thatsächlichen Wirksamwerdens des

---

[71]) dass das „egreditur notissimos terminos" die im Text angegebene Bedeutung haben könne, giebt auch Niemeyer a. a. O. S. 32 unumwunden zu.

[72]) Für Niemeyers gegentheilige Ansicht a. a. O. S. 32 spricht zwar das οὐκ ἐνάγομαι τῇ περὶ παραθήκης ἀγωνῇ der Basiliken, aber der von dem konkreten Papinianischen Fall abstrahierenden und nur aus Papinians Begründung eine missverstandene Wendung herausreissenden c. 24 Bas. lib. XIII, tit. II ist wohl nicht zu viel Gewicht beizulegen, zumal da auch der griechische Scholiast zu ‚si non teneat' (Basil. ed. Heimbach Bd. II S. 52): "οὐδεὶς δὲ τοῦτο λέγει· ἁρμόζει γὰρ ἡ δεπόσιτι" der Annahme eines Darlehens widerspricht.

[73]) so die Glosse ad. l. c.

officium judicis bezüglich der Zinsfrage in concreto vorliegen, d. h. wenn Titius in mora ist oder durch ein pactum in continenti adjectum Zi sen verabredet sind.

In l. 24 lernten wir wieder einen Fall kennen, wo das commendare durch Zuzählen von Geld unter der Abrede „ut tantundem solveretur", die actio depositi des Einzahlenden begründet, wo das Geschäft ein depositum und nicht Darlehn genannt wird. —

Wir gehen über zu l. 26 § 1 D. 16, 3.[74]) Man hat den Versuch gemacht, die Beweiskraft der Stelle dadurch lahm zu legen, dass man die Lesart der Stelle für korrumpiert ausgab. Man konstruierte eine Meinungsverschiedenheit zwischen Papinian und Paulus, und um diese angebliche Kontroverse zu heben, schob man an den verschiedensten Stellen der lex ein non oder neque[75]) ein, — allerdings das bequemste Mittel, einer Stelle einen anderen Sinn zu geben. Dass diese Emendationen unhaltbar sind, weisen Heimbach,[76]) Vangerow[77]) und Niemeyer[78]) überzeugend nach. Dass die Stelle echt ist, macht eine Vergleichung mit den beiden Scholien der Basiliken[79]) zur Gewissheit. Die Emendationen sind

---

[74]) Lucius Titius ita cavit: "Ἔλαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μύρια, καὶ ὡμολόγησα ὡς προγέγραπται. καὶ συνεθέμην χορηγῆσαί σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου. quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.

[75]) z. B. Dedekind (commentatio juridica de contractu quem irregulare depositum perhibuerunt etc. 1753) p. 65; Schaffrath a. a. O. S. 124.

[76]) die Lehre vom Creditum Leipzig 1849 S. 443—445.

[77]) a. a. O. S. 434.

[78]) a. a. O. S. 41.

[79]) Basil. ed. Heimbach Bd. II S. 54.

auch unnötig, ein Widerspruch zu Papinian ist nicht zu entdecken. Die Stelle besagt dasselbe wie l. 24 cit. Ja sogar die Wendung „pecuniae depositae modum excedere“ entspricht vollkommen dem „notissimos terminos depositi egredi“ jener lex. Und dass die Wendung richtig übersetzt ist, wenn man ihr den Sinn giebt, das vorliegende Geschäft überschreite nur den gewöhnlichen Inhalt des Hinterlegungsvertrages, muss auch Niemeyer[78]) dem völlig analogen Paulinischen Ausspruche in l. 5 § 4 D. 19, 5 gegenüber zugestehen. —

Etwas länger haben wir uns aufzuhalten bei l. 25 § 1 D. 16, 3.[80]) Die Stelle ist aus Papinians Responsen. Nach Papinians Liebe für lakonische Kürze kann offenbar die besondere Erwähnung der Verwendung der Geldstücke ad usus proprios seitens des Empfängers als besonderen Thatbestandsmoments nicht absichtslos geschehen sein. Fragt sich nur, welche Bedeutung diese besondere Erwähnung hat.

Niemeyer[81]) lässt Papinian durch das ad usus proprios convertere den Augenblick des Eigentumsübergangs bezeichnen, und kommt konsequenterweise zu der Ansicht, die Hingabe mit der Klausel „ut tantundem redderetur“ enthalte nicht notwendig die Vereinbarung des Eigentumsübergangs. Niemeyer sieht also in l. 25 § 1 „den Thatbestand eines regulären depositum mit eventuellem mutuum, auf welchen Papinian die actio depositi anwendet, zu dem Zwecke, damit officio judicis Zinsen zugesprochen werden können“.[82]) Ich kann der Schluss-

[80]) Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est.

[81]) a. a. O. S. 46 ff.

[82]) a. a. O. S. 52.

folgerung nicht beitreten, weil ich die Prämissen für nicht richtig halte.

Einmal bedeutet das „ad usus proprios convertere“ nicht Eigentumswechsel, sondern, wie Schirmer [83]) richtig erkennt, nur die thatsächliche ökonomische Verwertung des Geldes, einen Vorgang, der an sich mit der Eigentumsübertragung nicht unmittelbar zusammenzuhängen braucht. [84]) — Zweitens glaube ich, — entgegen Niemeyer und Schirmer [85]) — in allen schon besprochenen und noch zu besprechenden Fällen, in denen die Quellen von einem Gelddepositum mit der Abrede „ut tantundem non idem redderetur“ reden, in dieser Klausel die Bezeichnung des Eigentumsübertragungswillens sehen zu müssen.

Papinian hat in seinen Responsen kein Gesetzbuch schreiben wollen. Sein Responsum galt dem ihm vorgelegten Fall. Und auch bei der Umarbeitung der ersten 8 Bücher von Papinians Responsen erscheint das einzelne Responsum als „Erörterung einer Rechtsfrage gelegentlich ihrer praktischen Anwendung“ [86]). Das in l. 25 uns vorliegende Responsum, — mag es nun durch die Redaktionscheere der Justinianischen Justizkommission gemäss des Kaisers Erlaubnis noch weiter verstümmelt sein oder nicht —, behandelt nun m. E. die Rechtsfrage, ob die Thatsache des ad usus proprios convertere beim

---

[83]) a. a. O. S. 39, 40

[84]) Von der m. E. unrichtigen Niemeyerschen Auffassung geht auch die Erklärung der Glosse aus, dass das „ut tantundem redderet“ die stillschweigende Abrede „ut si vellet uteretur“ bedeute, also reguläres depositum und erst vom Zeitpunkt des ad usus proprios convertere an depositum irregulare.

[85]) S. 36. 39.

[86]) Pernice, Labeo Bd. I S. 61 vergl. Niemeyer a. a. O. S. 45 Note 3.

depositum irregulare ein ausdrückliches Zinsversprechen ersetzt. Und den konkreten Fall, dem der Ausspruch des römischen Praktikers gilt, können wir auch aus der Stelle entnehmen:

Es lag ein depositum von Geld vor, mit der Abrede „ut tantundem redderet", bei dem zwar keine Zinsen ausdrücklich vereinbart waren, bei dem aber der Empfänger das Kapital für sich verzinslich angelegt hatte. Nun kommt der Deponent zu Papinian und wünscht eine Entscheidung, ob er nicht doch berechtigt sei, in Gestalt von Zinsen einen Anteil zu verlangen an dem Gewinn, den der Depositar aus einem Kapital gezogen hatte, das der Deponent, wenn auch nicht rechtlich, so doch wirtschaftlich noch als sein eigenes betrachten durfte. Darauf lautet das Responsum Papinians: Nein, obwohl er daraus Gewinn gezogen hat. Ohne besondere Zinsberedung entsteht die Verbindlichkeit des Depositars zur Zinszahlung erst dann, wenn er in Verzug gerät.

Papinian hat also m. E. das „ad usus proprios convertere" in sein Responsum aufgenommen, nicht um den Augenblick des Eigentumsübergangs zu bezeichnen, sondern um anzudeuten, dass die Thatsache der Verwertung des Kapitals, durch die der Anfragende seinen Zinsanspruch für begründet hält, beim depositum irregulare für die Zinsverpflichtung irrelevant sei.

Resultat: In l. 25 § 1 D. depositi sehen wir Papinian die in l. 24 D. locati dargelegte Auffassung wiederholen. —

Es folgt l. 29 § 1 D. 16, 3.[87]) In dieser Stelle spricht Paulus von einem regulären depositum, das

[87]) Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei judiciis usuras ejus nomine praestare mihi cogitur.

hinterher durch nunmehrige Uebereinkunft der Parteien zum depositum irregulare wird, und er führt aus: Das depositum mit Gebrauchserlaubnis, das depositum irregulare, ist auch ein depositum, auch aus ihm entspringt daher eine actio bonae fidei, und deshalb ist auch die Möglichkeit der Zinszubilligung in den Fällen, in denen überhaupt bei bonae fidei judicia Zinsen zugebilligt werden können, gegeben.[88]) Diese auch von Windscheid[89]) gegebene Erklärung halte ich allein für dem Wortlaut der Stelle entsprechend. Denn einmal: Die hier erwähnte Gebrauchserlaubnis ist doch jedenfalls identisch mit der Abrede „ut tantundem redderetur", mit dem Eigentumsübertragungswillen. „Eins hängt am andern", sagt mit Recht Endemann;[90]) denn wie das Geld usu consumitur, dem Gebrauchserlaubnisgeber es also nicht auf die hingegebenen Münzindividuen, sondern auf die durch sie repräsentierte Kaufkraft ankommt, so liegt umgekehrt in der Abrede „ut tantundem redderetur" die Erlaubnis, mit den hingegebenen Stücken nach Belieben zu verfahren, das Geld zu ge- und verbrauchen; und beide Klauseln bezeichnen in den Quellen die Eigentumsübertragungsabsicht. — Und andererseits: Dass unter dem in der Stelle erwähnten bonae fidei judicium nur die actio depositi verstanden sein kann, liegt auf der Hand, ist jedenfalls wahrscheinlicher als die ohne Anhänger gebliebene Auffassung Emmerichs,[91]) die actio bonae fidei sei die actio mandati.

[88]) bezüglich der Zinsverbindlichkeit des Depositars und des für diese Frage aus l. 29 § 1 zu gewinnenden Resultats vergl. unten S. 89.

[89]) Windscheid, Pand. Bd. II § 379 Note 6 u. Note 2.

[90]) in der Zeitschrift f. Handelsr. Bd. IV S. 59 Note 4.

[91]) in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess N. F. Bd. XVIII S. 119.

Paulus lässt also das depositum von Geld mit Gebrauchserlaubnis ein depositum bleiben. Die Annahme eines mutuum wird durch die ausdrückliche Erwähnung der actio bonae fidei ausgeschlossen, wir müssten denn mit Schaffrath [92]) das depositum durch die später hinzugekommene Gebrauchserlaubnis sich in ein mutuum verwandeln lassen und unter dem bonae fidei judicium der l. 29 § 1 die actio stricti juris aus dem mutuum, die „einige Eigentümlichkeiten einer bonae fidei actio behalten" habe, verstehen! —

Es mag noch l. 28 D. 16, 3 [93]) citiert werden. Im Mittelpunkt von Scaevolas Erörterung steht die Frage, wie das Zinsversprechen des Candidus aufzufassen ist. Darüber werden wir uns unten [94]) auszusprechen haben. Hier interessiert einzig die Frage: Um welches Geschäft handelt es sich in der Stelle? Da die lex ausdrücklich von einem bonae fidei judicium spricht, kann an ein Darlehn in ihr nicht gedacht sein. Es fragt sich also: Welche Klage ist mit dem in der Stelle erwähnten bonae fidei judicium gemeint? Eine „endlose Litteratur", [95]) die sich mit dem Responsum Scaevolas beschäftigt, kommt zu dem Resultat, dass die Stelle von der actio depositi

---

[92]) a. a. O. S. 117.

[93]) Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: „Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebo." Quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei judicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.

[94]) vergl. S. 89 und 90.

[95]) Niemeyer a a. O. S. 66.

spricht. Niemeyer[96]) dagegen hält es für das „Nächstliegende", dass Scaevola an die actio mandati denkt. Wir wollen darauf kein Gewicht legen, dass die Stelle im Digestentitel depositi steht. Aber nimmt man mit Niemeyer an, dass wirklich der Inhalt der an den Juristen ergehenden Anfrage der gewesen wäre, ob der Mandatar den in Ausführung des Auftrags gezogenen Zinsgewinn an den Mandanten herausgeben müsse, — wäre da nicht eigentlich die historische Antwort der l. 27 D. 28, 1 am Platze? In der Niemeyerschen Interpretation kommt schliesslich das „etiam", das ausdrückt, dass „die Zinsen hier nur als etwas zu dem Hauptgegenstand der Forderung (dem Kapital) Hinzukommendes eingeklagt werden sollen", nicht zu seiner Geltung. Mit dem neuesten Interpreten der Stelle, Schirmer,[97]) halte ich es für ausgemacht, dass Scaevola hier nur an die actio depositi denkt, wenn auch der Ausdruck „depositum" in der Stelle sich nicht findet. — —

Wir stellen fest: Altenus, Papinian, Paulus, Scaevola sahen in einem Thatbestand, bei dessen Vorhandensein die moderne Doktrin von „depositum irregulare" spricht, nicht den Thatbestand des Darlehns; sie gaben vielmehr eine actio bonae fidei, die entweder nach dem Zusammenhange des Fragments nur die actio depositi sein konnte oder als solche von den Juristen ausdrücklich bezeichnet wurde.

§ 8.

Nun wird aber ein anderer römischer Jurist, Ulpian, von den Gegnern ins Feuer geführt, um darzuthun: Das, was Ihr depositum irregulare nennt, ist

---

[96]) a. a. O. S. 62.

[97]) a. a. O. 35, 36.

Darlehn und nichts anderes. Sagt nun wirklich Ulpian das? Besteht wirklich ein Widerspruch zwischen Alfenus, Papinian, Paulus, Scaevola auf der einen und Ulpian auf der anderen Seite?

Die Stellen, die jenen Widerspruch beweisen sollen, sind die folgenden:

Da ist zunächst die l. 1 § 34 D. 16, 3.[98]) Das argumentum a contrario, das Niemeyer[99]) zu dem Schluss führt, hier liege ein Darlehn vor, denn Ulpian gebe nur „priusquam utaris“ die actio depositi, ist vollständig willkürlich. „Nachdem aus dem Zusammenhang, in welchem unsere Stelle steht, schlechterdings nichts für die Interpretation derselben zu entnehmen ist, ist es ebenso gerechtfertigt, die Worte Ulpians dahin aufzufassen, dass selbst wenn dem Depositar bei der Uebergabe des Geldes die Gebrauchserlaubnis zugesichert worden sei, er sich doch nicht hierauf berufen und auch schon ehe es noch zum Gebrauche von seiner Seite gekommen sei, zur Rückgabe mittels der actio depositi verhalten werden könne.“[100]) Die Stelle könnte also mit demselben Recht dazu benutzt werden, darzuthun, Ulpian stehe auf Seiten der übrigen römischen Juristen. —

Aber l. 9 § 9 D. 12, 1![101]) Niemeyer[102]) sieht in dieser Stelle ein depositum, das in ein Darlehn später

---

[98]) Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris priusquam utaris depositi teneberis.

[99]) a. a. O. S. 54 ff.

[100]) Bruckner a. a. O. S. 72.

[101]) Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur condicere quasi mutua tibi haec posse ajunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

[102]) a. a. O. S. 54.

übergeht. M. E. ist diese Erklärung, will man der Stelle nicht Gewalt anthun, will man ihrem Wortlaut gerecht werden, die einzig mögliche. Alle Versuche, das, was nun doch einmal die lex sagt, aus ihr heraus zu interpretieren, erscheinen gezwungen. Näher einzugehen ist nur auf die Brucknersche [103]) Interpretation. Bruckner beruft sich auf das „quasi", aus dem „mit Evidenz" hervorgehe, dass Ulpian nicht an einen Uebergang des depositum in ein Darlehn gedacht haben könne. Dass aber das Wort ‚quasi" weit davon entfernt ist, in unseren Quellen immer das Uneigentliche zu bezeichnen, das sollte doch eigentlich nicht erst ausgesprochen werden müssen. [104]) Dass das „quasi" hier weiter nichts heisst als „als", zeigt der Schluss der Stelle „qui mutuum rogavit". Dass nun aber diese mutui rogatio nicht den Erfolg haben soll, dass, wenn der Deponent wirklich auf die Bitte des Depositars eingeht, das bisherige depositum auch in ein mutuum übergeht, sondern nach Bruckner in ein depositum irregulare, — das ist doch wohl eine etwas willkürliche Annahme. Auch kann nicht zugegeben werden, dass der ganze Zusammenhang der §§ 1—9 der cit. l. 9 dafür spreche, Ulpian habe in § 9 als eine weitere „causa condictionis" noch die causa depositi erwähnen wollen. Geht nicht aus der Zusammenfassung der l. 9 § 3 hervor, dass mit l. 9 § 2 die Aufzählung der causae condictionis ihren Abschluss gefunden hat, dass Ulpian in l. 9 § 9 aber einen der besonderen Specialfälle behandelt, wie auch in der — nach Lenels Palingenesie [105]) in Ulpians 26. Buch des Ediktskommentars sofort hinter

[103]) a. a. O. S. 70.

[104]) vergl. zum Ueberfluss das quasi indebitum der l. 10 § 1 D. 16, 2 und dazu Windscheid, Pand. Bd. II § 349 Note 5.

[105]) Bd. II S. 569, 570.

l. 9 § 9 stehenden — l. 11? Kurz, m. E. spricht Ulpian wirklich in l. 9 § 9 von einem Darlehn, nicht von einem depositum irregulare. —

Etwas anders steht es mit l. 10 D. eod.[106]) Die Stelle, für sich betrachtet, kann nach beiden Seiten hin gedeutet werden. Das „creditam non esse" kann sowohl auf Darlehn als auf depositum irregulare bezogen werden. Da das „creditum" in einer späteren Stelle wiederkehrt und auch in ihrer Interpretation eine verhängnisvolle Rolle spielt, sind wir gezwungen, auf den Begriff des „creditum" ein wenig näher einzugehen. Die Durchsicht jener Schriften, die sich mit dem römischen „creditum" beschäftigen,[107]) sowie der Sprachgebrauch der Quellen[108]) zeigen, dass der Begriff kein einheitlicher juristischer, vielmehr ein ökonomischer ist, der erst rechtliche Bedeutung vor allem durch das prätorische „de rebus creditis" erhielt. Wir müssen folgende Bedeutungen des creditum unterscheiden:

1. Ulpian definiert das creditum selbst in l. 1. § 1.D. 12,1 dahin, dass es „omnes contractus quos alienam fidem secuti instituimus complectitur" — eine ungeheuer weitgehende Begriffsbestimmung.[109])

[106]) Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.

[107]) Savigny, System Bd. V S. 512ff; Heimbach, Lehre vom Creditum, vor allem S. 49—83; Girtanner, die Stipulation, S. 432ff; Ihering, Zweck, Bd. I. S. 165—186; Cohn in Endemanns Handbuch Bd. II S. 354ff; Pernice Labeo Bd. I S. 416; Endemann in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. IV S. 34—42; Huschke, die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn S. 3—6.

[108]) vergl. l. 1, l. 2 D. 12, 1; l. 11 D. 50, 16; l. 7 D. 45, 1; Gaius III. 124.

[109]) Vergl. glossa „varios" zu l. 1 § 1 D. 12.1; Cujacius ad h. l. — ergo creditum omnis contractus —; Glück, Pand. Bd. XI S. 467.

2. Creditum bedeutet sehr häufig jeden Vertrag, der auf Zurückleistung geht. In diesem Sinne verwendet das römische Recht in der Regel das Wort credere[110]). Zu diesem creditum gehört depositum regulare ebensogut wie depositum irregulare und Darlehn.

3. Im engeren Sinn, „im eminentesten Sinn“[111]) ist creditum jeder Vertrag, der auf Rückleistung von Fungibilien in genere geht. In diesem Sinne verwendet das römische Recht die Formel ‚in creditum ire‘, ‚in credito esse‘[112]). Innerhalb dieses creditum ist allerdings das Darlehn der Hauptfall[113]), aber das depositum irregulare fällt, wie l. 31 D. 19,2 zeigte, ebenfalls unter diesen Begriff[114]).

Da aus dem „creditam non esse etc.“ der l. 10 folgt, dass nur der letztere Begriff des creditum hier am Platze sein kann, kann also nach dem Wortlaut der Stelle in ihr sowohl an ein depositum irregulare als an ein Darlehn gedacht sein[115]).

Aber auch der Zusammenhang der Stelle ergiebt nicht, ob mit der credita pecunia der l. 10 dieses oder jenes Geschäft bezeichnet werden soll, mag auch auf der einen Seite Bruckner[116]) es für ausgemacht halten, dass Ulpian in unserer l. 10 einen Fall des depositum irregulare behandelt, und mag auf der anderen Seite Nie-

---

[110]) Pernice, Labeo Bd. I. S. 416, Cohn a. a. O. S. 359, Ihering a. a. O. (3. Aufl.) S. 157.

[111]) Endemann, a. a. O. S. 37.

[112]) Ihering, a. a. O. (3. Aufl.) S. 160; Cohn, a. a. O. S. 359

[113]) Vergl. oben S. 36.

[114]) Ihering, a. a. O. 1. Aufl., S. 169 Note, 3. Aufl. S. 161.

[115]) Andere Geschäfte als diese beiden können bei l. 10 nicht in Frage kommen.

[116]) a. a. O. S. 71.

meyer[117]) in dem creditum der Stelle ein Darlehn sehen.

Weder vermag ich darin, dass die Quelle in Ulpians Ediktskommentar in einem ganz anderen Buch als die ihr in Justinians Kompilation vorhergehende und nachfolgende Stelle, nämlich, wie Lenel[118]) nachgewiesen hat, unter der Ediktsrubrik „de vadimonio Romam faciendo" stand, — Bruckner legt darauf das Hauptgewicht — einen Beweis für das Vorliegen des depositum irregulare zu sehen, noch lässt sich daraus, dass l. 10 in der Kompilation zwischen zwei von einem Darlehn sprechenden Stellen steht, ein Anhalt für Niemeyers, von der Glosse und den Basiliken unterstützte[119]), Annahme entnehmen.

Die Stelle giebt die Entscheidung „creditam non esse antequam mota sit." Ob und für welche Endentscheidung diese Worte etwa in Ulpians Ediktskommentar eine Motivierung bildeten, lässt sich nicht feststellen. In dem Zusammenhang mit l. 9 § 9 ist der Sinn der l. 10 so klar wie nur möglich. Ob depositum irregulare oder mutuum vorliegt, will der Jurist nicht entscheiden, er will nur feststellen, mit welchem Moment ein creditum in der oben sub 3 genannten Bedeutung vorhanden ist. In l. 9 § 9 wird das anfängliche depositum regulare nachträglich durch die unbedingte Willensübereinkunft der Parteien in dies creditum verwandelt: unmittelbar durch die Vereinbarung erfolgt mittels brevi manu traditio Eigentumsübergang und damit Gefahrübergang. In l. 10 hat sich der reguläre Deponent gleich bei der Hingabe gebunden: mag der Depositar entscheiden,

---

[117]) a. a. O. S. 54.

[118]) Palingenesie, Bd. II S. 425 und Lenel in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung f. R. G. Bd. II S. 37.

[119]) Vergl. glossa „mota" und glossa „debitum". Die Basiliken sprechen hier nicht von χρεωστούμενον, sondern von δάνειον.

ob das Geschäft ein depositum regulare bleibt oder in creditum abit: erst bei Erfüllung der Bedingung „si voles" d. h. bei Bethätigung des Eigentumserwerbungswillens, durch Acceptation der Creditumsofferte wird das bisherige depositum regulare zum creditum (Darlehn oder depositum irregulare). Dort unbedingtes nachträgliches creditum, hier bedingtes gleichzeitiges. —

Noch zwei Stellen werden gewöhnlich herangezogen: l. 7 § 2 D. 16,3 und l. 24 § 2 D. 42,5, überaus häufig und verschieden ausgelegt[120]). Es ist wohl Vangerow[120]) beizustimmen, wenn er sagt, dass „bei dieser ursprünglich gewiss sehr einfachen Frage durch die Ungeschicklichkeit der Kompilatoren eine solche Verwirrung in unsere Quellen gekommen ist, dass schwerlich eine Auslegung gefunden werden möchte, welche nicht erhebliche Zweifel übrig liesse". Nach meiner von der herrschenden Vangerowschen Interpretation abweichenden Meinung sprechen die Stellen nur von einem Konkursprivileg des regulären Deponenten, das Privileg gilt nach Ulpian für das depositum irregulare ebensowenig wie für das Darlehn. Ulpian kennt die Ausdrücke „depositum regulare und irregulare" nicht, kann sie deshalb nicht gebrauchen. Um sich verständlich zu machen, gebraucht Ulpian für „depositum irregulare" Umschreibungen, wie es ja Papinian und Paulus in l. 24 und l. 26 § 1 D. 16, 3 auch thaten. Wir dürfen annehmen, dass Ulpian mit „qui usuras acceperunt" neben Darlehnsgläubigern auch die irregulären Deponenten hat bezeichnen wollen.[121])

[120]) Vergl. z. B. die verschiedenen Ansichten bei Vangerow, Pand. Bd. III, § 594, S. 226.

[121]) Denn wir müssen bedenken, dass es sich in jenen Fällen um ein depositum irregulare beim Banquier, nicht etwa bei einem Freunde, handelt, und in diesem Falle wird (vergl. l. 26 § 1 D. 16, 3) ein Zinsbezug des Deponenten in Rom (wie bei den eng-

Depositum regulare ist ihm depositum schlechtweg, das ist zugegeben. Uebereilt wäre es aber, daraus zu schliessen, Ulpian wolle damit andeuten, unser depositum irregulare könne deshalb überhaupt nicht mehr als Hinterlegungsvertrag gelten. Freilich, der irregulär Deponierende quasi (= gleichsam) [122]) renuntiavit deposito. Damit will aber Ulpian dasselbe ausdrücken wie mit dem „aliud est enim credere, aliud deponere" der anderen Stelle. Und Niemeyer [123]) hat Recht: in beiden Stellen ist „der Gegensatz nach Ulpian nicht: depositum mit oder ohne Zinsen, sondern: depositum oder creditum", und zwar depositum regulare oder creditum. Denn wenn Ulpian credere und deponere gegenüberstellt, so kann gemäss dem oben [124]) Ausgeführten nur depositum regulare und creditum „im eminentesten Sinn" gemeint sein [125]).

Dies vorausgeschickt, stelle ich als den Inhalt der Stellen in Verbindung mit den ebenfalls hierher gehörenden l. 7 § 3 und l. 8 D. 16, 3 Folgendes fest:

---

lischen Depositenbanken — vergl. Wagner in Schönbergs Handbuch Bd. I S. 441; die modernen grossen Centralbanken, die meist, die Reichsbank seit 1879, zum förmlichen Ausschluss verzinslicher Depositen gelangt sind, kannte Rom nicht —) das regelmässige gewesen sein. Aus diesem Verlegenheitsbehelf Ulpians den Schluss zu ziehen, dieser Jurist habe die Verzinslichkeit als dem depositum irregulare essentiell gedacht, dürfte zu weit gehen.

[122]) Mit Bruckner a. a. O. S. 73, 74 verstehe auch ich das „quasi" in der im Text angegebenen Weise, wenn ich auch nicht so weit gehen möchte und, wie es dieser Schriftsteller thut, behaupten, sonst hätte der Jurist „cum" schreiben müssen.

[123]) a. a. O. S. 68.

[124]) S. 57.

[125]) denn jedes deponere ist ja auch ein credere und nur in diese, oben sub 3 aufgeführte Kategorie des creditum lässt sich ein deponere, nämlich das depositum regulare, nicht einreihen.

Im Konkurs der mensularii, nummularii und argentarii hat die Forderung auf Ersatz des Geldes, welches bei jenen regulär deponiert, vom untreuen Banquier (daher fraudator in l. 8 D. 16, 3) aber trotzdem verausgabt worden ist, ein privilegium exigendi, post privilegia: sie nimmt unter den privilegierten Forderungen die letzte Stelle ein. Damit das Konkursprivileg begründet sei, ist also nötig: 1. ein reguläres depositum, an dem der Depositar sich treulos vergriffen hat, und zwar 2. ein solches depositum beim Banquier.

Der Gesichtspunkt, nach dem l. 7 § 2 D. 16, 3 [126]), die nur an den Fall „si numi exstent" denkt, eine Unterscheidung macht, ist der: es kommt auf das Geschäft an, ob depositum regulare (1) — vergl. die in der Note gemachte Gruppierung —, oder aber Geschäfte, mit denen ein „utendum dare" verbunden ist, und deren Einheitliches Ulpian im Zinsbezug sieht (2). [127]).

---

[126]) (1.) quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt.

(2.) non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant.

(ad 1.) et ante privilegia igitur si bona venierint depositariorum ratio habetur dummodo.

(ad 2.) eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

[127]) Es ist immerhin möglich, dass Ulpian durch das scharfe Nebeneinanderstellen des „apud", „cum" und „per" in l. 7 § 2 die Thatbestände des depositum irregulare (vergl. das „apud" der l. 28 D. 16, 3), der Gesellschaft (vergl. die Citate bei Niemeyer a. a. O. S. 69 Note 5) und des Darlehns (vergl. das „per" in l. 10 § 8 i. f. D. 17, 1) hat bezeichnen wollen.

L. 24 § 2 D. 42, 5 [128]) scheidet den Fall, dass das deponierte Geld nicht mehr beim Banquier vorhanden ist (1), von dem „si tamen nummi exstent“ (2); bezüglich des ersten Falles wird wieder unterschieden: die nun an Stelle der Vindikation tretende Schadenersatzforderung aus dem depositum regulare (a) und der Fall, wo schon gleich anfänglich nur eine persönliche Forderung enstand (b).

M. E. widersprechen sich also die beiden Stellen nicht, sie ergänzen sich nur. Verschmelzen wir beide, so erhalten wir folgendes Resultat:

I. Erste Möglichkeit: die einzelnen dem Banquier hingegebenen Geldstücke sind noch bei ihm vorhanden:

1. bei depositum regulare: Vindikation ausserhalb des Konkurses: ante privilegia depositariorum[129]) ratio habetur (l. 7 § 2 (1), l. 24 § 2 (2)).

2. bei den andern hier in betracht kommenden Geschäften müssen die Gläubiger als nicht privilegierte Konkursgläubiger sich mit der Dividende begnügen,

---

[128]) 1) a) in bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt.

b) sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito, aliud est enim credere, aliud deponere. (= l. 7 § 2 (2).)

2) si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia (= l. 7 § 2 (1)).

[129]) Damit sind selbstverständlich (vergl. Vangerow a. a. O. S. 228, Niemeyer a. a. O. S. 68 Note 3) die Deponenten gemeint. Dass darunter wie Neustetel (a. a. O. S. 33 ff.) und ihm folgend Mühlhäuser (a. a. O. S. 48 ff.) annehmen, Depositare, die selbst wieder Deponenten sind, verstanden seien, und dass durch diese Annahme der Widerspruch der beiden Stellen zu lösen sei, halte ich für unrichtig.

denn sie haben ja auf Restitution in specie verzichtet. (l. 7 § 2 (2)).

II. Zweite Möglichkeit: die hingegebenen Geldstücke finden sich nicht mehr in der Konkursmasse vor:

1. bei depositum regulare: Vindikation ist jetzt unmöglich, an deren Stelle tritt eine Ersatzforderung, die post privilegia, an letzter Stelle aller privilegierten Forderungen, befriedigt wird, (l. 24 § 2 (1a)), das bestätigt l. 8 D. 16, 3. Konkurrieren hier die Ersatzforderungen mehrerer regulärer Deponenten, so rangieren sie unter sich gleich, konkurrieren pro rata gemäss l. 7 § 3 D. 16, 3.

2. bei den Geschäften, bei denen sich der Bankkunde seines Eigentums entäussert hat, tritt er natürlich in die Reihe der übrigen Konkursgläubiger, a ceteris creditoribus non separantur (l. 24 § 2 (1b)).

Was nun die uns hier in erster Linie interessierende Frage betrifft, so sehen wir: In den beiden behandelten Stellen ist mit Bezug auf eine einzelne Rechtsfolge depositum irregulare dem Darlehn gleichgestellt, und dem depositum regulare gegenübergestellt, nämlich mit Bezug auf das für einen ganz bestimmten Fall dem depositum regulare gewährte privilegium exigendi. Allerdings stellt also Ulpian dem depositum regulare gleichmässig depositum irregulare und Darlehn gegenüber. Daraus folgt aber doch noch nicht, dass Ulpian depositum irregulare und Darlehn identifiziert. Niemand wird im Ernst behaupten wollen, dass zwei Rechtsgeschäfte, die beide gleichmässig eine Rechtsfolge n i c h t haben, die ein anderes Geschäft hat, deshalb identisch seien. Und ebensowenig kann es Ulpians Meinung sein, dass depositum irregulare und depositum regulare deshalb, weil sie in einem oder dem anderen Punkte verschieden rechtlich behandelt werden, nicht unter den gemeinsam übergeordneten Begriff des Verwahrungsvertrags fallen.

§ 9.

Es erübrigt, das Ergebnis der Quellenexegese festzustellen.

Was ergab zunächst die Interpretation der Ulpianstellen?

Keinen positiven Beweis gegen, keinen für das depositum irregulare. Aus l. 7 § 2 D. 16, 3 und l. 24 § 2 D. 42, 5 lässt sich weiter nichts entnehmen, als dass dem depositum regulare bezüglich der rechtlichen Behandlung im Konkurs ein Thatbestand als creditum gegenübergestellt wird, der depositum irregulare und Darlehn gleichmässig umfasst. Die Annahme eines depositum irregulare wird mit keinem Worte zurückgewiesen, dessen Identifizierung mit Darlehn, das überhaupt nicht ausdrücklich in den Stellen erwähnt wird, nirgends ausgesprochen. l. 1 § 34 D. 16, 3 und l. 10 D. 12, 1 lassen nicht erkennen, ob Ulpian an ein depositum irregulare oder ob er an ein Darlehn denkt. — Aber in l. 9 § 9 spricht ja doch auch nach meiner Ansicht Ulpian von einem Darlehn —: gebe ich damit nicht einen Widerspruch zwischen Ulpian und den anderen Juristen zu?!

Keineswegs. Daraus, dass Ulpian in l. 9 § 9 von einem Darlehn spricht, folgt doch noch lange nicht, dass Ulpian das depositum irregulare als Darlehnsfall auffasst. Ebensowenig, wie die citierten Fragmente von Alfenus, Papinian, Paulus und Scaevola beweisen, dass diese Juristen etwa kein Darlehn gekannt, sondern jedes Darlehn als ein depositum notissimos terminos egrediens aufgefasst hätten. Vergessen wir doch nicht, dass die äusseren sinnlich wahrnehmbaren Thatbestände, wie sie uns in den knapp gehaltenen Fallerzählungen überliefert sind, bei depositum irregulare und Darlehn dieselben

sind! Dass wir von den römischen Juristen keine grossen psychologischen Erörterungen über den Thatbestandsunterschied von Darlehn und depositum irregulare erwarten dürfen, darauf wurde schon oben [130]) hingewiesen. Was hat also der Darlehnsfall der l. 9 § 9 Auffälliges? Was beweist er gegen unsere Ansicht? Nichts. Warum sollte auch nicht ein reguläres depositum in ein Darlehn übergehen, wenn der geldbedürftige Depositar den Deponenten bittet, für seine Zwecke das Geld benutzen zu dürfen? Dass wir in l. 9 § 9 einen solchen Fall annehmen, steht dem für das römische Recht behaupteten Existieren eines vom Darlehn verschiedenen depositum irregulare nicht im Wege. Nirgends, am allerwenigsten in den oft dafür citierten Konkursstellen, weist Ulpian die Annahme eines vom Darlehn verschiedenen depositum irregulare von der Hand. Und wenn auch die Justinianische Kompilation keine Stelle enthält, [131]) in der

---

[130]) vergl. S. 21 Note 29.

[131]) Schmid im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. XXX S. 92 glaubt in l. 4 pr. D. 12, 1 eine Stelle gefunden zu haben, in der auch Ulpian ein depositum irregulare annimmt. Seine Meinung geht also dahin, das Geschäft, das vom Zeitpunkt „si emisses“ in ein mutuum übergehen solle, dies depositum initum mutui futuri causa sei ein depositum irregulare; deshalb sofortiger Gefahrübergang. Wäre dem so, so könnte allerdings dafür, dass die Römer den Thatbestandsunterschied von depositum irregulare und Darlehn richtig erkannten und würdigten, ein schlagenderer Beweis, als ihn die Deduktion dieser Stelle bringt, wohl kaum gedacht werden. Leider glaube ich aber, dass die Annahme eines in ein Darlehn später übergehenden depositum irregulare in l. 4 pr. D. 12, 1 schon an den Worten scheitert „nec volueris creditae nomine antequam emisses suscipere“ und „ut si emisses crediti nomine obligatus esses“. Vergl. auch Brinz, Pand. Bd. II Abt. 2 § 317 Note 13; Huschke, Darlehn S. 59; Wächter, Archiv f. d. civ. Pr. Bd. XV S. 107; Windscheid Pand. Bd. II. § 379 Note 6.

wir Ulpian bei einem dem Thatbestand der citierten Papinian- und Paulusstellen gleichen Thatbestand ausdrücklich die actio depositi geben sehen, so folgt doch nicht daraus, dass Ulpian solche konkreten Fallgestaltungen nicht kannte, in denen auch er gesagt hätte: Hier ein Darlehn anzunehmen, entspricht nicht dem quod actum est, hier liegt ein depositum vor, wenn auch ein depositi modum excedens.

Der Quellenbeweis dafür, dass Ulpian solche Thatbestände, bei denen die anderen römischen Juristen ein depositum irregulare annehmen, im bewussten Widerspruch mit jenen als Darlehn behandelte, ist nicht erbracht. —

Und selbst wenn wir zugäben, dass Ulpian nur die Alternative „depositum regulare oder Darlehn“ kannte, dass er nichts von einem depositum irregulare habe wissen wollen, so müsste doch für das Justinianische Recht angenommen werden, dass Ulpians Meinung der gegenteiligen Ansicht der anderen Juristen hat weichen müssen. — —

Blicken wir nun auf das ganze Quellenmaterial über das depositum irregulare zurück, so ist unumwunden nunmehr zuzugestehen, dass es äusserst dürftig ist, und dass manche Stelle verschiedene Auslegungen zulässt. Aber das glaube ich doch feststellen zu können, dass die Exegese ergab: Die römische Jurisprudenz kannte ein vom Darlehn verschiedenes depositum irregulare, wenn auch nicht dem Namen, so doch der Sache nach; das Corpus juris erkennt den früher dargelegten Unterschied der Thatbestände als juristisch wichtig genug an, und scheut sich, auf beide gleichmässig ein und dieselbe Rechtsform des Darlehns anzuwenden.

Was freilich die theoretische Ausgestaltung dessen,

was wir depositum irregulare nennen, angeht, so dürfte die Vermutung begründet sein, dass seine dogmatische Fixierung und Klassifikation in der römischen Jurisprudenz noch im Argen lag: daher auch wohl das Fehlen eines festen technischen Ausdrucks. Und würde es denn an der Thatsache, dass die Römer das depositum irregulare als etwas Selbständiges kannten, etwas ändern, wenn wir auch annehmen, sie hätten das depositum irregulare bald als Darlehnsart konstruiert, — wenn eben es auf eine Rechtsfolge des depositum irregulare ankam, die es mit dem mutuum teilt; bald es als depositum anerkannt, — wenn jene Rechtsfolgen des depositum irregulare in Frage standen, durch die es seine Verwandtschaft mit dem depositum regulare verrät? [132]) Haben doch die Konstruktionsversuche der römischen Juristen für uns keine verbindliche Kraft mehr! Ihre Motivierungen, Klassifizierungen und systematischen Konstruktionen sind für uns tot. Darin sind wir selbständig, mag Justinian, „der Schulmeister auf dem Thron“ und „Gesetzgeber auf dem Katheder“, [133]) immerhin anders gedacht haben.

Genug —, das depositum irregulare existiert nicht als Produkt scholastischer Klassifikationsfreudigkeit ledig-

[132]) Auf diese Weise könnte man das „mutua magis videtur quam deposita ac per hoc periculo tuo erit“ des — in die Justinianische Kompilation nicht aufgenommenen — § 9 von Paulus sent. recept. II, 12 erklären. Die Stelle lässt sich freilich auch auf die von Windscheid Pand. Bd. II § 379 Note 6 angedeutete Weise, (nachträglicher Uebergang eines regulären depositum in ein wirkliches mutuum), verstehen, ohne dass deshalb ein Widerspruch zwischen Paulus und Paulus (wegen der bei demselben äusseren Thatbestand eine actio depositi gewährenden l. 26 § 1 D. 16, 3) anzunehmen wäre.

[133]) Ihering, Geist des römischen Rechts, Bd. II Abt. 2 § 41 S. 372 Note 515.

lich im Hirn unserer Pandektisten, die Römer kannten ein vom Darlehn verschiedenes depositum irregulare, und so ist es auch heute, wie auch die Praxis der Gerichte [134]) anerkennt, im gemeinen Recht noch in Geltung. Denn jener Einwand, [135]) die Annahme eines depositum irregulare im römischen Recht beruhe auf der Eigentümlichkeit des römischen Aktionensystems, das depositum irregulare sei daher, wie der römische Civilprozess selbst, heute antiquiert, fällt in sich selbst zusammen: Der rechtliche Unterschied von Darlehn und depositum irregulare beruhte auch in Rom auf den in unserem ersten Teil kennen gelernten thatsächlichen Verschiedenheiten, die strictijuris-Natur des Darlehns machte die thatsächlichen Unterschiede juristisch nur fühlbarer. Die Reception des römischen Rechts in Deutschland erstreckte sich auch auf das römische depositum irregulare. [136]) Von einer blossen „Herbarienexistenz",

[134]) Die Praxis hat stets — das muss selbst Niemeyer a. a. O. S. 130. 135 zugeben — an dem depositum irregulare als besonderem Rechtsinstitut festgehalten, sich nie zu seiner Leugnung vorgewagt. Und dass die Praxis auch jetzt noch diesen Standpunkt vertritt, zeigen beispielsweise die Erkenntnisse in Seufferts Archiv Bd. XVI No. 211 (O. Ap. G. Dresden), Bd. XXXI (N. F. Bd. I) No. 28 (O. L. G. Rostock), Bd. L (N. F. Bd. XX) No 191 (O. L. G. Hamburg); in Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. XXII S. 465 (Ap. G. Eisenach); die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII S. 117—120, Bd. IX S. 437; die Reichsgerichtserkenntnisse in Civilsachen Bd. I No. 75, Bd. XII No. 20 (= Seufferts Archiv Bd. XL No. 14), vergl. auch Bd. XXIII No. 17.

[135]) vergl. z. B. Niemeyer a. a. O. S. 13.

[136]) Die accursische Glosse tritt, wie schon die Exegese zeigte, entschieden für das depositum irregulare ein. Jason de Maino führte im 15. Jahrhundert den Ausdruck depositum irregulare in die Litteratur ein. Die Italiener des 16. und 17. Jahrhunderts erklären bereits die Annahme eines besonderen depositum irregulare für die communis opinio doctorum (vergl. Niemeyer a. a. O. S. 126),

wie sie Niemeyer dem depositum irregulare für das heutige Recht zuweist,[137]) kann nicht die Rede sein.

§ 10.

Das römische Recht ist die Grundlage unseres Civilrechts, es ist ebenso die unseres Handelsrechts. Das römische Recht kannte das depositum irregulare, und so hat denn auch im Handelsrecht der thatsächliche Unterschied von Darlehn und depositum irregulare rechtliche Anerkennung gefunden.

Das deutsche Handelsgesetzbuch überlässt bekanntlich die gesetzliche Regelung der Handelsgeschäfte im allgemeinen dem bürgerlichen Recht und greift nur als Pionier für die allgemeine Rechtsentwicklung oder auch unter ausschliesslicher Berücksichtigung rein kaufmännischer Verhältnisse an manchen Stellen modifizierend ein. So hat das Handelsrecht auch keinen eignen Darlehnsbegriff, und über das depositum irregulare schweigt das Handelsgesetzbuch ganz. Aber Art. 1 H. G. Bs. lässt ja sofort hinter den gesetzlichen Bestimmungen des H. G. Bs. und noch vor dem allgemeinen bürgerlichen Recht die objektiven Normen des Handelsgewohnheitsrechts massgebend sein. Nun lässt sich nicht verkennen, dass gerade im Bankverkehr[138]) das römische depositum

und die deutsch-niederländische Jurisprudenz des 17. und 18. Jahrhunderts zeigt dasselbe Bild (Niemeyer a. a. O. S. 127, 128). Der gegenteilige Standpunkt hat auch von jeher Vertreter gefunden von Jason de Mainos Gegner Philippus Decius (Citate bei Niemeyer a. a. O. S. 117) bis auf die citierten Monographien Jesnitzers und Dedekinds, die im Resultat auf dasselbe hinauskommende Abhandlung Schaffraths und Niemeyers scharfsinnige Arbeit.

[137]) a. a. O. S. 154.

[138]) vergl. z. B. Endemann in der romanistisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre Bd. I S. 425; Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. III S. 483; Sachs in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XVIII S. 420 ff.

irregulare von jeher eine bedeutende Rolle gespielt hat. Mag sein, dass die glossatorische Lehre und das kanonistische Zinsverbot, wie Niemeyer [139]) ausführt, zu dieser Entwicklung mitgewirkt haben. Dafür aber, dass „nach Wegfall dieser künstlichen Gesichtspunkte" die Geschäftspraxis „derogatorische Tendenzen" entfaltet habe, bleibt Niemeyer uns den Nachweis schuldig. Mit Cohn [140]) und vielen anderen Handelsrechtslehrern [141]) dürfen wir annehmen, dass kraft Handelsgewohnheitsrechts das sog. depositum irregulare im Handel seit alters praktische Geltung gewonnen hat, vor allem im Bankdepositenverkehr. [142])

---

[139]) a. a. O. S. 151.

[140]) in Endemanns Handbuch Bd. III S. 928.

[141]) Vergl. auch Thöl Bd. I § 296 Note 16; Goldschmidt § 53 Text und Note 2a; Endemann Handelsrecht § 163 S. 594—596; ferner die Auseinandersetzung des Kammergerichts in der Reichsgerichtsentscheidung Bd. XXIII No. 17 S. 99.

[142]) Auch beim Bankdepositengeschäft, diesem Typus der Passivgeschäfte der Banken, ist je nach den thatsächlichen Verhältnissen des konkreten Falls, unter Berücksichtigung des entscheidenden Zweckmoments (vergl. Hübner die Banken, Leipzig 1854. I S. 58) bald der Gesichtspunkt des Darlehns bald der des depositum irregulare der zutreffende: vergl. Cohn a. a. O. S. 925 und von den Nationalökonomen Wagner in Schönbergs Handbuch 2. Aufl. Bd. I S. 441. Ob Darlehn oder depositum irregulare praktisch überwiegt — eine Frage, in der Thöl a. a. O. gegen Goldschmidt a. a. O. steht —, mag dahin gestellt bleiben, wenn auch eine genauere Betrachtung des Depositenwesens des für Depositenbanken klassischen Englands und des Giroverkehrs unserer Reichsbank es nahe legt, im Zweifel für ein depositum irregulare zu präsumieren. Vergl. auch Reichsgericht Bd. XII No. 20. — Ich will jedoch nicht darauf hinzuweisen unterlassen, dass bisweilen auch von „Depositengeschäft" gesprochen wird, wo der Zweck der den Banquier sichernden Verpfändung den von uns mit „Depositengeschäft" bezeichneten Begriff ausschliesst, wie überhaupt ja hier

Die Annahme eines dem depositum irregulare positive Geltung verschaffenden Handelsgewohnheitsrechts ist nicht unwesentlich. Da der gewerbsmässige Betrieb von Banquiergeschäften nach Art. 272 No. 2 H. G. Bs. Handelsgeschäft ist und daher auch den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs unterliegt, giebt uns dieses Handelsgewohnheitsrechts die Möglichkeit, das Bankdepositengeschäft auch in anderen als gemeinrechtlichen Gebieten, falls die nötigen Voraussetzungen hierzu gegeben sind, als depositum irregulare zu behandeln. Denn es ist darauf hinzuweisen, dass weder das preussische Allgemeine Landrecht, [143]) noch der code civil, [144]) noch das sächsische

---

der kaufmännische Sprachgebrauch sehr schwankend ist (vergl Strauss, Unser Depositengeldersystem und seine Gefahren, Frankfurt a. M. 1892; Goldschmidt und Lesse, Zur Reform des Bankdepotwesens, Berlin 1892; Neumann-Hofer, Depositengeschäfte und Depositenbanken, Leipzig 1894). Zuzugeben ist ferner, dass, da der Bankverkehr gerade sich durch die Kombination verschiedenartiger Operationen auszeichnet, und da dann das Rechtsverhältnis in seiner Totalität aufgefasst werden muss, häufig auch z. B. der Gesichtspunkt des Kontokorrentvertrages oder des Mandatsvertrages (so in dem Falle im Bd. XXIII der Reichsgerichtsentscheidungen No. 17 S. 96—109) der in concreto zutreffende ist. — Ebenso übrigens wie die Bankgelddepositen halte ich auch die Sparkasseneinlagen je nach den Verhältnissen des konkreten Falls bald für Darlehne, bald für deposita irregularia, vergl. Bruckner a. a. O. S. 80; Halpert a. a. O. S. 36 Note 42; Mühlhäuser a. a. O. S. 55, 56; Cohn a. a. O. S. 925; Endemann Handelsrecht § 163 S. 595; Ap. G. Eisenach in Buschs Archiv Bd. XXII S. 465. A. M. Baron, Pand. 8. Aufl. S. 278 I; Dernburg, Compensation 2. Aufl. S. 515 Note 2, Eck in Behrends Zeitschrift Bd. III S. 138. Das Reichsgerichtserkenntnis Bd. I S. 206 bezieht sich nur auf einen bestimmten Fall, entscheidet ausdrücklich die Frage nicht generell, was gegen Niemeyer a. a. O. S. 152 bemerkt sei.

[143]) vergl. I, 4 §§ 83, 84. Dazu Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts 4. Aufl. Bd. II § 139 S. 335,

Bürgerliche Gesetzbuch,[145]) noch das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch[146]) etwas vom depositum irregulare wissen wollen, wie denn überhaupt die meisten neueren deutschen wie ausserdeutschen Gesetzgebungen[147]) auf diesem Standpunkt stehen.

Eine andere Stellung zum depositum irregulare nimmt das am 1. Januar 1900 zur Geltung kommende Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich ein. Hier wird wieder der Thatbestand des römischen depositum irregulare als Abart des Verwahrungsvertrags und vom Darlehn verschieden behandelt: Was der § 700 des Bürgerlichen Gesetzbuchs normiert, ist das depositum irregulare der gemeinrechtlichen Doktrin, gesäubert von römischen Antiquitäten.

336; Koch, Recht der Forderungen 2. Aufl. Bd. III § 275 S. 476, 477; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XI No. 73 S. 322, und Bd. XXIII No. 97 S. 102. A. M. Dernburg, preuss. Privatrecht Bd. II § 211 S. 608, 609.

[144]) Ueber die Frage herrscht jedoch bei dem Schweigen des code Streit, (vergl. Motive zum (1.) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. deutsche Reich, Berlin 1888, Bd. II S. 576.) Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts 8. Aufl., Freiburg 1894, Bd. II § 381 Note 2 und § 383 Note 3 ist anderer Meinung. Doch glaube ich, der im Text gedachten Ansicht beistimmen zu müssen; vergl. code civil art. 1930, 1932, 1946.

[145]) §§ 1274–1278.

[146]) § 959.

[147]) Vergl. die Zusammenstellungen bei Gruchot, Beiträge XV S. 836—840; Motive z. B. G. B. Bd. II S. 576; Niemeyer a. a. O. S. 158—163.

Zweiter Abschnitt.

§ 11.

Haben wir nunmehr festgestellt, dass das positive Recht für die beiden anfangs entwickelten Thatbestände auch zwei besondere Rechtsgeschäfte kennt, so erübrigt jetzt, im einzelnen die Rechtsfolgen darzulegen, durch die jene beiden Rechtsgeschäfte sich unterscheiden. Wie äussert sich der thatsächliche Unterschied der Thatbestände in den rechtlichen Folgen der Rechtsgeschäfte?

In beiden Verträgen sahen wir den Kreditgedanken lebendig. Darin, dass beide Verträge Kreditgeschäfte sind, liegt, so sahen wir, die überraschende Aehnlichkeit, ja fast Uebereinstimmung ihrer Thatbestände begründet. Die rechtliche Erscheinungsform des wirtschaftlichen Kreditvorgangs ist das in creditum abire: die Uebertragung von Eigentum vertretbarer Sachen gegen Restitution gleicher Quantität und Qualität. Darin, dass also diese Rechtswirkung in der juristischen Normierung der beiden Verträge wiederkehren muss, lag der Hauptgrund für manchen Gesetzgeber, dem Thatbestand des depositum irregulare ausnahmslos die ganze rechtliche Behandlung des Urkreditverhältnisses, des Darlehns, zu geben. Aber auch die Gesetzgebungen, die den in den Thatbeständen nun doch einmal bestehenden Unterschied auch juristisch dadurch zum Ausdruck bringen wollen, dass sie auch im depositum irregulare einen Verwahrungsvertrag sehen, müssen jenem „in creditum abire“ selbstredend Rechnung tragen. Es ist also verständlich, dass wir im Hinblick auf das römische Recht, sowie auf unser neues

Bürgerliches Gesetzbuch, die rechtliche Behandlung des depositum irregulare kurz zusammenfassend, sagen können: Das depositum irregulare hat alle Rechtswirkungen des depositum regulare, soweit diese sich vertragen mit dem „in creditum abire".

Gemeinsam haben also Darlehn und depositum irregulare die Erfordernisse: Fungibilität des Objekts [148]),

---

[148]) Hauptfall: Geld. Diesen praktisch häufigsten Fall haben wir bei unserer Abhandlung vor allem im Auge. Doch kennen schon die Quellen ein Darlehn — und auf das depositum irregulare können wir dies ohne Bedenken übertragen — an Oel (l. 5 § 14 D. 14, 3), an Wein (l. 22 D. 12, 1), an Getreide (l. 11 C. 4, 32, vergl. auch l. 1 § 2 D. 44, 7). Für unsere Zeit würde noch zu nennen sein Darlehn oder depositum irregulare an Wertpapieren: wo also der Schuldner Papiere derselben Art zu restituieren hat, nicht etwa Geld (vergl. Seufferts Archiv Bd. XIV 133, Reichsoberhandelsgericht Bd. VII S. 346, XX S. 307). Nun statuiert aber die Verkehrsauffassung, die ja über Fungibilität oder Nichtfungibilität entscheidet, einen grossen Unterschied zwischen Geld und Wertpapieren. Geld als Typus der Fungibilien erscheint ihr stets als vertretbar, aber nicht alle Wertpapiere behandelt sie als Fungibilien. Bei der Hingabe von Geld mit Rückleistungsversprechen hat der Richter also nur zweierlei zu untersuchen: einmal ob der Hingebende und Nehmende gerade diese bestimmten Geldstücke zurückbekommen und zurückgeben will, oder ob das Geld nach dem Parteiwillen des betreffenden einzelnen Falles generisch bestimmt ist; und zweitens, ob im Falle generischer Bestimmung depositum irregulare oder Darlehn — mit diesen beiden Geschäften haben wir es hier nur zu thun — vorliegt. Bei der Hingabe von Wertpapieren ist diesen beiden Fragen die bei jeder Art von Wertpapieren erneut zu prüfende Vorfrage nach der Fungibilität des Wertpapieres voranzustellen. Ist das Wertpapier nicht fungibel nach der Verkehrsauffassung, so kann es zwar immerhin noch dem konkreten Parteiwillen nicht als species erscheinen, kann immerhin noch in concreto lediglich durch seine Zugehörigkeit zum genus „Wertpapiere" in betracht kommen, — als Darlehn kann aber die Hingabe eines solchen Wertpapiers sich ebensowenig charakterisieren

Eigentumsverschaffung [149]) und Versprechen genereller Restitution.

Die hauptsächlichsten Unterschiede in der rechtlichen Behandlung beider Verträge sollen jetzt aufgezählt werden. Sie sind zahlreicher für das klassische römische

---

wie als depositum irregulare. Es fehlt eben die notwendige Voraussetzung beider Geschäfte, die Fungibilität des Objekts.

Was nun die einzelnen angedeuteten Fragen betrifft, so ist es erstens bei der ungeheuren Anzahl durchaus verschiedenartiger Wertpapiere unmöglich, auf die Frage nach der Fungibilität derselben im einzelnen hier einzugehen (vergl. aber Cohn a. a. O. Bd. III S. 847 Note 103, und Koch, Geld- und Wertpapiere im Entwurf des B. G. Bs. S. 29.) — Behandelt nun aber zweitens auch die Verkehrsanschauung ein Wertpapier fungibel, so wird doch die Parteiabsicht bei Wertpapieren, eben in Anerkennung des grossen Unterschieds zwischen Geld und Wertpapieren, seltener auf generelle Restitution gehen, als dass sie die Wertpapiere als species behandelt wissen will. Und dieser Lebenserfahrung trägt denn auch das B. G. B. § 700 Abs. 2 Rechnung und begegnet mit der Bestimmung: „Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der in Abs. 1 bezeichneten Art (— generelle Restitution —) nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird," den im Depositengeschäft der Banquiers in neuerer Zeit vielfach hervorgetretenen Missbräuchen (vergl. Reatz a. a. O. S. 322 Note 4 und den § 2 des in Hirths Annalen Jahrg. 1896 No. 2 S. 129 ff abgedruckten Entwurfs eines Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere und die Motive zu diesem Gesetzentwurf loc. cit. S. 138 u. 144). — Die Feststellung drittens, ob bei Vereinbarung genereller Restitution vertretbarer Wertpapiere depositum irregulare oder Darlehn vorliege, ist wieder natürlich ohne Aufstellung irgend welcher Präsumtionen der richterlichen Würdigung des einzelnen Falles zu überlassen.

[149]) direkt oder indirekt. — Auch dass re contrahitur obligatio, ist dahin zu verstehen, dass die reale datio durch eine fikticische ersetzt werden kann, was ja schon die Exegese zeigte und der Handelsverkehr noch häufiger kennt (vergl. Cohn a. a. O. S. 844 u. S. 924.). Vergl. auch § 607 Abs. 2 und § 700 Satz 2 B. G. Bs.

Recht als für das heutige gemeine Recht, und noch geringzähliger sind sie nach unserem bürgerlichen Gesetzbuche der Zukunft, — so geringzählig, dass die Frage nahe liegt, ob es sich nicht empfohlen hätte, anstatt überhaupt eine gesetzliche Bestimmung zu treffen, es der Privatautonomie der Parteien zu überlassen, in betreff der beiden Punkte, bezüglich deren der deutsche Gesetzgeber noch einen rechtlichen Unterschied zwischen den Thatbeständen des depositum irregulare und Darlehn statuiert, selbst im einzelnen Fall vom Darlehn abweichende Bestimmungen zu treffen. —

§ 12.

Das ganze römische Obligationenrecht ist auf den Prozess verstellt, der römische Praktiker fasst immer zuerst die Klage ins Auge, obligatio ist gleich actio. Wollen wir daher dem Unterschied der rechtlichen Behandlung von Darlehn und depositum irregulare im römischen Recht näher treten, so empfiehlt es sich, ebenfalls uns auf den Standpunkt des römischen Prozesses zu stellen. Nur so kann manche Erscheinung, eben als Folge historischer Zufälligkeit, verstanden werden.

Das Hauptmerkmal des römischen Formularprozesses war bekanntlich die scharfe Sonderung der Verfahren in jure und in judicio, die Scheidung der Fragen „an detur actio“ und „quae sit actio danda“ einer — und „an fundata actio“ und „quid veniat in actionem“ andererseits; und obwohl das Justinianische Recht keinen Formularprozess mehr kennt, sondern den Libellprozess, haben bekanntlich die Kompilatoren es unterlassen, die neuen Prozessgedanken in den ihnen vorliegenden Stoff zu verarbeiten. So sehen wir denn auch noch aus dem Corpus juris Justinians in betreff der Klage einen Unter-

schied zwischen depositum irregulare und Darlehn sowohl in jure wie in judicio.

Für die mutui obligatio hat die klassische römische Jurisprudenz eine eigene Klage nicht aufgestellt,[150]) eine actio mutui entsprechend einer actio depositi gab es nicht.[151]) Aus pr. J. 3.14[152]) sehen wir mit Baron,[153]) dass „der condictio der Charakter der ausschliesslichen Darlehnsklage beigelegt wird". Wohl aber giebt es eine eigene Depositumsklage, die, wie wir oben sahen, auch beim Thatbestand des depositum irregulare von den Römern gegeben wird. Doch konnte freilich die aus dem depositum irregulare wie regulare hervorgehende Verbindlichkeit auch in Form der condictio geltend gemacht werden, war ja doch die condictio die für jeden civilrechtlichen Anspruch zulässige abstrakte persönliche Klage.[154])

---

[150]) vergl. Brinz, Pand. Bd. II Abt. 2. § 296 S. 479; Dernburg Pand. Bd. II § 87 Note 1; Bekker, Aktionen Bd. I S. 99.

[151]) über l. 5 C. 7, 35 vergl. die in voriger Note Citierten.

[152]) et ex eo contractu (— mutui —) nascitur actio quae vocatur condictio.

[153]) Abh. aus dem röm. Civilprozess Bd. I: Die Condictionen 1881, S. 127; vergl. auch Huchke, Darlehn S. 197—220.

[154]) Vergl. Baron a. a. O. S. 1—11; derselbe in der Krit. Vierteljahrsschr. N. F. Bd. VII S. 539—542; Lenel, Edictum perpetuum S. 187f; Pernice, Labeo Bd. III, 1. Abt. S. 212 Note 2. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass gerade in der Litteratur über das depositum irregulare die Argumentation der einzelnen Schriftsteller gewaltig beeinflusst wird von einer verschiedenen Auffassung der condictio. Indem man in der condictio, von der gewisse einschlägige Quellenstellen handeln sollten, die condictio ex mutuo sehen zu müssen glaubte, kam man, vieleicht auch verführt durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, zu jener seltsamen Auffassung des depositum irregulare als eines juristischen „Nebeneinanderstehens" von depositum regulare und mutuum: so die schon von Glück Bd. XV S. 151 verworfene Ansicht Nettel-

Bezog sich der eben besprochene Unterschied auf das Verfahren in jure, auf die Art der Abfassung der Spruch- und Schriftformeln, so sehen wir einen weiteren, wichtigeren Unterschied der Darlehnsklage und der Depositumsklage in dem Verfahren in judicio, in den Befugnissen des römischen Geschworenen: die Depositumsklage war bonae fidei, die Darlehnsklage — das schied das Darlehn aus der Reihe der übrigen Realkontrakte aus, und darin erinnerte das mutuum an die einstige strenge Natur des solennen nexum —, stricti juris. Die Bedeutung dieses im römischen Recht scharf ausgeprägten Gegensatzes ist bekannt. In den judicia bonae fidei war der judex durch einen Formelzusatz (quidquid dare facere oportet ex fide bona) angewiesen, die besonderen Umstände des Falles nach freiem richterlichen Ermessen zu berücksichtigen; in den stricta judicia ist er an den Wortlaut der Formel (centum dari opertere) gebunden. Daher konnte der judex den Rückleistungs-

---

bladts und Oelrichs und die von Niemeyer a. a. O. S. 105 Text und Note 14 zurückgewiesene Auffassung von Schaffrath und Heimbach. Auch Niemeyer verfiel — Bruckner a. a. O. S. 67 nennt dies „den für die sonst wahrhaft gründliche und scharfsinnige Untersuchung Niemeyers verhängnisvollen Irrtum“ — in den Fehler, condictio mit condictio ex mutuo zu identifizieren und deshalb die Gewährung einer condictio mit der Annahme eines depositum für unverträglich zu halten. Wenn aber Bruckner S. 65 (vergl. S. 66) meint, „die condictio greift neben der actio depositi, an Stelle der zu Verlust gegangenen rei vindicatio, welche gleichfalls mit der actio depositi konkurriert, Platz“, so verquickt er m. E. hier den richtigen Gedanken, dass die condictio, wie mit jeder actio ex contractu, so auch mit der actio depositi konkurriert (vergl. Baron a. a. O. S. 21), mit der längst überwundenen Idee Savignys (System Bd. V S. 107 f., S. 511 f.), die condictio sei Ersatz für verlorene Vindikation. Er vergisst, dass die condictio nicht dem materiellen Recht, sondern dem klassischen Prozess angehört.

verpflichteten beim depositum irregulare auch aus einem pactum adjectum, — beim mutuum war die stipulatio [155]) notwendig —, zu Zinsen verurteilen, konnte auch — was für das stricti juris judicium aus dem Darlehn unmöglich war — auf Verzugszinsen erkennen: arg. l. 24 und l. 25 § 1 D. 16, 3. Daher musste ferner der Prätor für das Darlehn erst die actio arbitraria de eo quod certo loco dari oportet — tit. D. 13, 4, C. 3, 18 — erfinden, um dem Richter die beim bonae fidei judicium aus dem depositum irregulare schon von selbst gegebene Möglichkeit zu verschaffen, in seinem Erkenntnis das Ortsinteresse zu berücksichtigen für den Fall, dass an einem anderen als dem Erfüllungsorte geklagt war. [156]) Diese und manche andere Eigentümlichkeiten sind, wie wir sehen, Konsequenzen des bei depositum irregulare und Darlehn sich bemerkbar machenden römischen Unterschieds der bonae fidei und stricti juris judicia.

Dass der genannte Unterschied zwischen depositum irregulare und Darlehn etwa in dem in unserem ersten Teile behandelten Thatbestandsunterschied begründet sei, dürfte wohl niemand behaupten. Die stricti-juris-Natur des mutuum ist eben eine historische Zufälligkeit, die Ausschliessung der freien richterlichen Würdigung beim Darlehn weder praktisch noch logisch zu rechtfertigen. [157])

Haben die berührten Unterschiede auch heute noch gemeinrechtlich praktische Geltung?

Allgemein ist zu sagen: Wir haben keinen römischen Civilprozess, kein prätorisches dare und denegare actionem, kein getrenntes Verfahren in jure und judicio. Und

---

[155]) später auch pactum? l. 11 § 3 D. 13, 7 vergl. Windscheid, Pand. Bd. II § 371 Note 6; Huschke, Darlehn, S. 197.

[156]) vergl. Windscheid Pand., Bd. II S. 282 Note 2.

[157]) Pernice, Labeo Bd. I S. 417.

was den für das römische Verfahren in jure berührten Unterschied betrifft, so liegt die Antwort nach dessen heutiger Geltung klar. Wenn auch die für uns noch bestehende grosse Bedeutung der römischen Klagnamen nicht verkannt werden darf —: in unserem Prozess kommt es auf den Klagnamen nicht an, die Klage bedarf keiner Benennung. Andererseits ist aber durch die Vorschrift des § 230 Abs. 2 Ziffer 2 C. P. O. der Begriff der condictio antiquiert und heute nur von historischem Interesse.[158]) — Ebenso leicht erledigt sich die Antwort auf die Frage nach der heutigen Geltung des anderen Unterschiedes. Dem Unterschied von bonae fidei judicia und stricti juris judicia misst zwar Windscheid[159]) auch für das heutige Recht Bedeutung bei, aber nicht nur die Germanisten[160]) stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt wie Windscheid, sondern auch hervorragende Romanisten.[161]) Und mit Recht kann Dernburg[162]) sagen, dass gegen Windscheid die herrschende Meinung und jedenfalls die neuere gemeinrechtliche Praxis[163]) wäre. Der römische Unterschied von bonae fidei und stricti juris judicia, und so auch der damit zusammenhängende Unterschied von depositum irregulare und Darlehn, ist m. E., weil im formalen Aktionenrecht wurzelnd, gefallen. —

---

[158]) vergl. Baron, Pand. § 84; Gierke, deutsches Privatrecht Bd. I § 37 S. 327 Note 16.

[159]) Pand. Bd. I § 46, vergl. aber auch Bd. II § 371 Note 2.

[160]) vergl. Beseler, deutsches Privatr. Bd. I 4. Aufl. S. 197 Text u. Note 10; Gierke a. a. O. S. 326, 327.

[161]) Sintenis, das prakt. gem. Civilr. 3. Aufl. Bd. I § 29 S. 268 Note 50; Bekker in d. Ztschrft. d. Savigny-Stiftung, roman. Abteilung Bd. XV S. 203.

[162]) Pand. Bd. I. § 131 Note 12.

[163]) Wächter, Erörterungen II. S. 212—225.

Ein weiterer Unterschied [164]) zwischen der Darlehnsklage und der Klage des irregulären Deponenten:

Der Zweck und wesentliche Inhalt des Depositumsvertrages wird vereitelt, sobald der Deponent nicht gewiss sein kann, dass der Depositar seiner Aufbewahrungspflicht nachkommen und dem Deponenten jederzeit auf Verlangen das anvertraute Gut ausantworten wird. Als schnöden Vertrauensbruch brandmarkte deshalb der Prätor jedes Zuwiderhandeln gegen jene Verpflichtung, beim depositum irregulare also die Weigerung zur Restitution: an die Verurteilung infolge der actio depositi directa knüpfte er die rechtliche Folge der Infamie, l. 1 D. 3, 2 [165])

Unter Begünstigung des Hinterlegungszwecks des Deponenten verschaffte der Prätor der Aufbewahrungspflicht des Depositars Nachdruck durch eine derartige Verschärfung der rechtlichen Folgen der Zuwiderhandlung gegen dieselbe. — Den klagweise belangten Darlehnsschuldner aber ebenso zu behandeln, lag kein Grund vor. Dem Bedürfnisse des Darleihers ist ja das Geschäft weniger entprungen als dem des Darlehnsempfängers, und es läge für den Gesetzgeber näher, durch Zinsbeschränkung und Wucherverbot hier umgekehrt den Darlehnsschuldner gegen seinen Gläubiger zu schützen. Genug, — die Verurteilung des Darlehnsempfängers in der condictio ex mutuo wirkt nicht infamierend. [166])

---

[164]) Ein schon zu Justinians Zeit antiquierter Unterschied zwischen depositum irregulare und Darlehn lag auch in der Beschränkung der sponsio tertiae partis (Gaius IV §§ 13 und 171) auf die alte actio certae creditae pecuniae; vergl. Dernburg Pand. Bd. II § 93 Note 3, Ihering, Zweck im Recht, 1. Aufl. Bd. I S. 171.

[165]) Infamia notatur qui . . . . depositi suo nomine non contrario judicio damnatus erit.

[166]) Der hervorgehobene Unterschied von depositum irregulare und Darlehn hatte in Rom eine weitere Folge: famosissimae

Die Frage nach der heutigen Geltung dieses Unterschieds kommt auf die Frage hinaus: Wie steht es heute mit der römischen Infamie? So sehr bestritten auch die Frage ist, ob und in welchem Umfang die römische Infamie in Deutschland recipiert wurde, und welchen Einfluss sie auf die deutsche Lehre von der Ehre gehabt hat, so viel ist sicher: für die Ehrbegriffe des deutschen Volkes können nicht römische Anschauungen massgebend sein, [167]) und das Reichsstrafgesetzbuch vollends hat der römischen Infamie jede Existenzmöglichkeit genommen. [168]) Und was insbesondere die gerade hier in betracht kommenden contractus famosi betrifft, so erwähnt schon Glück [169]) die Abneigung der Praxis, die Infamie als Folge von Kontraktsklagen eintreten zu lassen, und es ist verständlich, dass eine so „schroffe Vergewaltigung des nationalen Rechts sich auf die Dauer nicht durchsetzen liess". [170]) Wir treffen also wohl das Richtige, wenn wir deshalb in der infamierenden Wirkung der actio depositi mit Bekker [171]) eine „Aktionensingularität"

causae ibi (i. e. in municipiis) non aguntur (Isidor XV 2. 10), als actio famosa gehörte die actio depositi vor das Reichsgericht in Rom (vergl. Lenel, Zeitschrift der Sav.-Stiftung f. Rechtsgeschichte Bd. II S. 37). Damit nun die Sache doch von der Municipaljurisdiktion beurteilt wurde, wird man an Stelle der actio depositi dann häufig die condictio aus dem depositum irregulare angestellt haben, sie enthielt ja den Klaggrund nicht, und „cessat ignominia in condictionibus quamvis ex famosis causis pendeant", l. 36 D. 44, 7.

[167]) Regelsberger, Pand. § 66 S. 265; Windscheid, Pand. Bd. I § 56.

[168]) Dernburg, Pand. Bd. I § 58 Note 23; Mandry, civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze S. 92.

[169]) Bd. V S. 195, 196.

[170]) Gierke a. a. O. Bd. I § 52 S. 424.

[171]) Zeitschrift d. Sav.-Stiftung, roman. Abt. Bd. XV S. 203; vergl. Regelsberger, Pand. § 53 S. 219.

sehen: der in Frage stehende Unterschied der Darlehns- und Depositumsklage existiert für uns nicht mehr. —

Nach justinianischem Recht beweist ein schriftliches Bekenntnis über den Empfang eines Darlehns gegen den Aussteller nur dann, wenn dieser zwei Jahre hat verstreichen lassen, ohne mit der querela non numeratae pecuniae geltend gemacht zu haben, dass er das Darlehn in Wirklichkeit nicht empfangen habe. Der Aussteller der Urkunde kann während dieser Zeit dem Gläubiger, der das Darlehn zurückfordert, die exceptio non numeratae pecuniae entgegenhalten, den Empfang des Darlehns leugnen. So bestimmt es Justinian in l. 14 pr. C. 4, 30. Die kontroverse Frage, in wie weit diese exceptio non numeratae pecuniae für andere Geschäfte anwendbar ist, kann hier ausser Acht gelassen werden, da wir für das depositum irregulare eine besondere, die exceptio ausschliessende Bestimmung Justinians in l. 14 § 1 C. h. t. [172]) haben. Diese Justinianische Ausnahmebestimmung ist nicht willkürlich, sie beruht auf einer durchaus brauchbaren praktischen Anschauung. Der Depositar steht doch ganz anders da als der Darlehnsschuldner. Der Depositar hat nicht in dem Masse wie der Darlehnsschuldner ein Interesse daran, dass das Geschäft zu Stande komme. „Er braucht also nicht durch voreiliges feierliches Versprechen der Restitution den Deponenten zur Deposition zu bewegen zu suchen, kann vielmehr mit der Ausstellung des Scheins warten, bis ihm die Sache wirklich übergeben ist, und hat die Folgen

---

[172]) . . . ideoque sancimus instrumento quidem depositionis ceterarum rerum vel certae pecuniae . . . . nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.

zu tragen, wenn er leichtsinnigerweise das Gegenteil thut.“ [173])

Wir sehen, auch dieser Unterschied des Darlehns vom depositum irregulare ist ein Ausfluss des Unterschieds des Leih- und Hinterlegungszwecks. Was freilich das ganze, im einzelnen viel bestrittene Institut der exceptio non numeratae pecuniae betrifft, so hat die moderne Gesetzgebung in Anerkennung der Thatsache, dass die exceptio „den Schuldner gegen eine mögliche Ungerechtigkeit dadurch schützt, dass sie den Gläubiger der Gefahr einer gleichen Ungerechtigkeit aussetzt,“ [174]) das Institut fallen lassen. Was Art. 295 H. G. Bs. für das Handelsgebiet, das bedeutet § 17 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. für den bürgerlichen Verkehr: die exceptio non numerate pecuniae ist schlechthin aufgehoben, und damit ist der hier besprochene Unterschied nicht mehr praktischen Rechtens.

§ 13.

Wenn wir jetzt auf die Unterschiede der beiden Verträge eingehen, die, im römischen Recht schon bestehend, im gemeinen Recht noch jetzt praktische Geltung beanspruchen können, so sind zunächst jedoch zwei ablehnende Bemerkungen zu machen.

Wir gaben oben [175]) eine von der herrschenden Meinung abweichende Erklärung der l. 7 § 2 D. 16, 3 und der l. 24 § 2 D. 42, 5. Wir glaubten feststellen zu dürfen, dass im justinianischen Recht für das depositum

---

[173]) Witte, Bereicherungsklage. S. 213.

[174]) Goldschmidt in Iherings Jahrbüchern Bd. XXIV S. 123 und Windscheid, Pand. § 372 Note 15. Ihnen entgegen nennt Huschke, Darlehn S. 147, das Institut „ein in Wahrheit durchaus billiges Schutzmittel des Schuldners“.

[175]) vergl. S. 59ff.

irregulare niemals ein Konkursprivileg existiert habe, auch nicht für das unverzinsliche depositum irregulare beim Banquier. Aus den Stellen sahen wir, dass in Rom nur dem regulär beim Banquier Deponierenden ein solches eingeräumt war. Wiewohl nun die gesetzgeberischen Gründe [176]) dieser Ausnahmebestimmung einer weiteren Erstreckung dieses Privilegs entgegenstehen, hat doch eine „theoretisch verwerfliche Praxis“ [177]) das in Rom nur — m. E. wenigstens — für das Regulardepositum beim Banquier begründete Konkursprivileg auf jede actio depositi directa ausgedehnt. Da dem Darlehnsgläubiger ein ähnliches Recht nie zugestanden ist, kannte

---

[176]) Diese, aus den Quellen selbst entnommen, waren offenbar folgende:

1. Der Deponent, der wider seinen Willen durch Veruntreuung seines Mitkontrahenten sein Eigentum eingebüsst hat, verdient im Konkurs eine Bevorzugung vor denjenigen Gläubigern, die sich freiwillig ihres Eigentums zu Gunsten des andern entäussert haben und von Anfang an gegen ihn eine persönliche Forderung auf eine Leistung hatten; quasi renuntiaverint depositio (l. 7 § 2 D. 16, 3), aliud est enim credere aliud deponere (l. 24 § 2 D. 42, 5). Aus Ulpians Motivierung ist zu entnehmen, dass nicht die Zinsverbindlichkeit, sondern das „in creditum abire“ für ihn das Entscheidende ist.

2. Nur das Regulardepositum beim Banquier ist so ausgezeichnet. „Ex utilitate publica“ (l. 8 D. 16, 3), damit nicht das Vertrauen zu dem mit „publica fides“ (l. 24 § 2 D. 42, 5 vergl. l. 10 § 1 D. 2, 13) ausgestatteten Banquier, einer für den römischeu Geldverkehr unentbehrlichen Person (vergl. Fuchs, Ueber das Konkursprivileg des Deponenten, im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. LXII S. 188, 189; Dernburg, Compensation S. 22f) im Publikum erschüttert würde. Und andererseits „qui neglegenti amico rem custodiendam tradit, suae facilitati id imputare debet“, § 3 J. 4, 14.

[177]) Vangerow, Pand. Bd. III § 594 S. S. 222; vergl. auch Fuchs a. a. O. S. 189—192.

somit das gemeine Recht noch bis vor Kurzem einen Unterschied von depositum irregulare und Darlehn im Konkurs. Heute ist er geschwunden: § 54 der Reichskonkursordnung kennt kein privilegium exigendi des deponens irregularis mehr.

Die andere Bemerkung bezieht sich auf die Verzinslichkeit der beiden Geschäfte.

Die Verpflichtung zur Entrichtung von Zinsen ist dem Darlehnsvertrag nicht selbstverständlich, sie ist kein naturale negotii.[178]) Darauf, dass der Judex beim depositum irregulare — beim Darlehn in Konsequenz des Unterschieds der bonae fidei und stricti juris judicia nicht — Verzugszinsen und durch pacta adjecta verabredete Vertragszinsen zubilligen konnte, wiesen wir schon[179]) hin. Nun behaupten aber Neustetel,[180]) Vangerow,[181]) Endemann,[182]) Mühlhäuser,[183]) Schirmer[184]) u. a., der irreguläre Depositar müsse auch ohne Versprechen und Verzug Zinsen zahlen, sobald er das empfangene Geld zu seinem Nutzen verwende. Stellen wie l. 24 und l. 25 § 1 D. 16, 3 scheinen mir dieser Lehre direkt entgegenzustehen, doch glauben die genannten Schriftsteller ihre Ansicht vor allem auf l. 29 § 1 D. 16, 3 und l. 28 D. 16, 3 stützen zu können. Was die erstere Stelle betrifft, so möchte ich nicht mit Huschke[185]) statt

---

[178]) Glück Bd. XII S 5; Windscheid, Pand. Bd. II § 371 S. 366; Pernice, Labeo Bd. II S. 263.

[179]) vergl. oben S. 81.

[180]) a. a. O. S. 11.

[181]) Pand., Bd. III S. 416.

[182]) in der Zeitschrift f. d. gesamte Handelsr. Bd. IV S. 59.

[183]) a. a. O. S. 48.

[184]) a. a. O. S. 43.

[185]) in der Zeitschrift f. Civilr. u. Prozess. N. F. Bd. II S. 151.

„ex permissu“ „im permissu“ lesen oder mit Emmerich [186]) ein „invito me“ vor „utatur“ einschieben, also nicht, wie jene es thun, in l. 29 § 1 D. 16, 3 denselben Inhalt wie — auch wohl mit Unrecht — in l. 28 D. 16, 3 sehen, nämlich einen Anwendungsfall des Satzes, „dass in allen bonae fidei negotia derjenige Zinsen zahlen müsse, der Gelder seines Kontrahenten wider dessen Willen in eigenem Gebrauch verwendet.“ [187]) Ich deutete vielmehr bereits oben [188]) unter Berufung auf Windscheid an, dass ich die Quelle ebenso verstehe wie schon die Glosse, wenn sie dem Schluss derselben hinzusetzt, „scilicet ratione morae vel pacti appositi in continenti“: Der Depositar ist zur Zinsentrichtung verbunden „nach Massgabe dessen, was bei anderen bonae fidei actiones gilt.“ [189]) — In l. 28 D. 16, 3 ferner verspricht Candidus Zinsen zu zahlen, falls es ihm selbst möglich wäre, das Kapital verzinslich auszuthun. Scaevola sagt nun: also usuras deberi si percepit (scilicet usuras ex hac pecunia). [190]) Vereitelt er aber die Erfüllung jener Bedingung dadurch, dass er pecunia in re sua usus est, dann muss Candidus doch in Konsequenz der regula juris antiqui der l. 161

[186]) in derselben Zeitschrift N. F. Bd. XVIII S. 118. Er bezieht dann das „ex permissu“ auf „deposita“. (Ueber seine ihm noch wahrscheinlicher dünkende Mandatshypothese vergl. oben S. 53). Andere Schriftsteller ergänzen je nach Gutdünken „ex mora“ oder „ex pacto“. Vergl. Holzschuher, Civilrecht Bd. II Tl. 2. S. 530.

[187]) Huschke a. a. O. — Ein Anwendungsfall dieses Satzes beim depositum regulare: § 698 B. G. Bs.

[188]) S. 53.

[189]) So das O. L. G. Rostock in Seufferts Archiv Bd. XXXI No. 28, das entschieden die Ansicht zurückweist, dass aus dem depositum irregulare „ohne weiteres eine Verbindlichkeit zur Zinszahlung eintrete.“

[190]) glossa „percepit“.

D. 50 17 ebenfalls Zinsen zahlen. Sehr natürlich, ἐπειδὴ ἰδικῶς εἶπεν, σπουδάσω μὴ εἶναί σοι ἀργὰ τὰ νομίσματα, τουτέστιν δοθῆναί σοι τόκον.[191]) — Erst recht aber darf die l. 26 § 1 D. 16, 3 nicht für die Ansicht Schirmers citiert werden, „dass nach Paulus' Meinung das in suos usus convertere, ohne dass es einer konkurrierenden mora oder irgend einer besonderen Abmachung bedarf, die Zinsverpflichtung nach sich zieht.“[184])

Resultat: Für uns, die wir die, — um wieder mit Pernice zu reden —, „weder logisch noch praktich sich rechtfertigende“ stricti-juris-Natur des Darlehns überwunden haben, entsteht eine Zinsverbindlichkeit beim depositum irregulare wie beim Darlehn durch formlose Vereinbarung, Verzug oder Prozessbeginn, nie aber „ohne weiteres“.[189]) Einen rechtlichen Unterschied zwischen depositum irregulare und Darlehn bezüglich der Verzinslichkeit kennt das bürgerliche Recht nicht, wird es auch in Zukunft nicht kennen: Das Bürgerliche Gesetzbuch[192]) hat auch die ursprüngliche Unverzinslichkeit des Darlehns nicht geändert und reproduziert damit geltendes Recht.[193]) —

Aber welche Unterschiede zwischen den beiden Geschäften kennt denn nun das gemeine Recht?

---

[191]) Scholion ad l. c., vergl. Basilika, ed. Heimbach Bd. II S. 56.

[192]) vergl. § 608.

[193]) Denn auch die neue Partikulargesetzgebung steht auf gemeinrechtlichem Standpunkt: preuss. A. L. R. I, 11 §§ 824 und 855; österr. B. G. B. §§ 984, 993; code civil art. 1905; sächs. B. G. B. § 1078. Freilich für das kaufmännische Darlehn kommt Art. 290 H. G. Bs. in betracht, während auch dem kaufmännischen irregulären Deponenten nur im Fall besonderer Abrede vom Tage des Empfangs an das Depositengeld zu verzinsen ist. So Cohn in Endemanns Handbuch Bd. III S. 927; vergl. auch die Reichsgerichtsentscheidung Bd. XXIII S. 99.

Anlässlich eines Specialfalles kam es unter Vespasian zum Senatusconsultum Macedonianum, das Gelddarlehne an Hauskinder verbot, tit. D. 14, 6, C. 4, 28. Dem Rückforderungsrecht des Gläubigers kann seitdem die exceptio Senatusconsulti Macedoniani entgegengesetzt werden. Die uns hier interessierende Frage ist die: Greift das Senatusconsultum auch beim depositum irregulare von Geld Platz? Die Frage ist bestritten. Windscheid [194]) lässt es sich nur auf Gelddarlehne, nicht auf verwandte Kontrakte beziehen. Auf der anderen Seite stehen eine Reihe von Juristen, die auch auf das depositum irregulare das Senatusconsultum in Anwendung bringen wollen: So Dückers, [195]) Dietzel, [196]) Mandry, [197]) Brinz [198]) u. a. Eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, die das Senatusconsultum auch auf das depositum irregulare erstreckte, giebt es nicht. [199]) Aus mehreren Gesichtspunkten könnte man die Anwendbarkeit des Senatusconsults auf das depositum irregulare annehmen. Zuerst ist es eine Frage der Gesetzesauslegung. Eine Erstreckung des Senatusconsultum Macedonianum auf

---

[194]) Pand. Bd. II § 373 Ziffer 2 und Note 7.

[195]) de Senatus consulto Macedoniano p. 34. Er behandelt das depositum irregulare ohne weiteres als mutuum, wofür er sich auf l. 9 § 9 D. 12, 1 berufen zu können glaubt.

[196]) das S. C. Maced. S. 76 ff.

[197]) das gemeine Familiengüterrecht Bd. I S. 452.

[198]) Pand. 2. Aufl. Bd. II 2. Abt. § 297 S. 486 (über seine Sondermeinung über das dep. irr. vergl. oben Note 6); vergl. auch Dernburg, Pand. Bd. II § 88.

[199]) Auch aus l. 3 C. h. t. (origo enim potius obligationis quam titulus actionis considerandus est), auf die z. B. Dietzel und Mandry a. a. O. sich berufen, lässt es sich nicht entnehmen, vergl. Ryck, Creditieren an Minderjährige und Hauskinder, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. LIII S. 99 Note 22.

den im Gesetz nicht genannten Fall wäre ausdehnende Gesetzesauslegung. Ausdehnende Gesetzesauslegung beruht aber darauf, dass anzunehmen ist, dass der Schöpfer des Rechtsatzes einen umfassenderen Inhalt gewollt hat, als die von ihm gebrauchten Worte umfassen; sie geht davon aus, dass der Gesetzgeber sich im Worte vergriffen hat. Das aber ist hier nicht anzunehmen. Die ratio legis war folgende: Um das Leben der Väter vor der verbrecherischen Hand ungeratener Söhne zu schützen, schützt das Senatusconsultum die Haussöhne vor gewissenlosen, ihre Unerfahrenheit oder ihren Leichtsinn ausbeutenden Gläubigern. Nicht aber kann der Sinn der Bestimmung dahin gehen, dass, um die Möglichkeit eines Vertrauensbruchs abzuschneiden, jeder Grschäftsverkehr mit einem Haussohn lahm gelegt werden soll. Das Senatusconsultum wendet seine Spitze gegen diejenigen, die fremde Bedürfnisse für sich ausbeuten wollen, die Darlehnsgläubiger, — und darum nicht gegen die irregulären Deponenten, die ja ihrem eigenen Bedürfnis abgeholfen haben wollen. Das Senatusconsultum bezweckt Beschränkung leichtsinniger Darlehnsaufnahmen, will es aber nicht unmöglich machen, dass ein persönlich vertrauenswürdiger Haussohn einem auf seine Ehrlichkeit bauenden Mitkontrahenten durch Verwahrung von Geld Dienste leiste. Ausdehnende Gesetzesauslegung kann m. E. hier nicht Platz greifen. — Mit der ausdehnenden Gesetzesauslegung ist eng verwandt die analoge Rechtsanwendung, doch letztere stellt einen ganz anderen Gesichtspunkt dar: Man erkennt an, der Gesetzgeber hatte bei der Bestimmung des S. C. Macedonianum nur das Darlehn im Auge, aber man glaubt über den Willen des Gesetzgebers hinausgehen zu dürfen. Analoge Rechtsanwendung, Erstreckung des S. Cs. auf analoge Fälle,

ist aber hier unstatthaft. Da das S. C. Macedonianum jus singulare ist, das Gesetz selbst aber durch seinen Wortlaut die Ausdehnung auf das depositum irregulare nicht rechtfertigt, greift der Satz des Paulus aus l. 14 D. 1, 3 Platz: quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. — Doch ein dritter Gesichtspunkt könnte im konkreten Fall die Anwendung des S. Cs. erheischen: „in fraudem S. C^{i}. kann ein Geschäft, das nach Absicht der Parteien ein Darlehn sein sollte, sich in ein sog. depositum irregulare einkleiden; hier verfällt es dem S. C. sicher", sagt Brinz.[198]) Nun liegt freilich fraus Senatusconsulto cogitata (l. 3 § 3 D. h. t.) vor, wenn jemand, der baar Geld ausleihen konnte, anstatt dessen — so in l. 7 § 3 D. h. t. — einen Verkauf abschliesst und den Kaufpreis kreditiert, und so salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit (l. 29 D. 1, 3). Wie aber steht es mit dem „Einkleiden" des beabsichtigten Darlehns in ein depositum irregulare? Ich halte es für unmöglich. Da es allein die Intention der Parteien ist, die das Darlehn vom depositum irregulare unterscheidet, vermag ich mir schlechterdings ein depositum irregulare als Umgehungsgeschäft eines Darlehns nicht zu denken. Soll das Geschäft allein dem Geldbedürfnis des Nehmers abhelfen, so ist es eben ein Darlehn und nichts anderes, daran ändern die von den Parteien gebrauchten Worte gar nichts. —

Besteht der so gefundene Unterschied auch noch heute? Mit anderen Worten: gilt das beim Darlehn, nicht aber beim depositum irregulare, Platz greifende Senatusconsultum Macedonianum noch heute? Dietzel[200]) z. B. verneint es, er nimmt an, dass mit der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder auch das Senatusconsultum

[200]) a. a. O. S. 254.

weggefallen ist. Die Annahme ist unhaltbar, da das S. C. eben nicht, wie Dietzel annimmt, eine Folge der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder ist, sondern lediglich auf kriminalpolitischen Gründen beruht [201]) Das S. C. Macedonianum gilt noch. Aber freilich sein Geltungsgebiet hat sich erheblich verringert. [202]) Und soweit jene römischen Specialbestimmungen in Deutschland noch nicht antiquiert sind, räumt das bürgerliche Gesetzbuch mit ihnen auf. Wie aus den Vorschriften des Gesetzbuchs über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger (§§ 106—113) und aus der Bestimmung des § 1626 (Endpunkt der „elterlichen" Gewalt: Eintritt der Grossjährigkeit) hervorgeht, wird unser Zukunftsrecht keine exceptio Senatusconsulti Macedoniani mehr kennen. —

Steht der Forderung des Darlehnsgebers auf Rückerstattung der Darlehnssumme eine giltige, klagbare, fällige Gegenforderung des Darlehnsnehmers gegen den Darleiher auf eine Leistung gleicher Art wie die der ersten Forderung, — also bei einem Gelddarlehn eine Gegenforderung auf eine Geldleistung —, gegenüber, so kann der Darlehnsschuldner der Forderung des Darleihers die Kompensationseinrede entgegenhalten: dolo facit qui petit quod redditurus est (l. 173 § 3 D. 50, 17). Nicht

[201]) vergl. Ryck a. a. O. S. 122.

[202]) Für das preussische Staatsgebiet kommt hier in betracht das preuss. Gesetz betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger u. s. w. vom 12. Juli 1875 (§ 2), nach dem das S. C. Mac. in den gemeinrechtlichen Gebieten Preussens nur noch für grossjährige Hauskinder gilt. Dem preussischen Allgemeinen Landrecht, dem code civil, dem österreichischen und sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch ist das S. C. Mac. fremd. Was das Handelsrecht angeht, so ist zu verweisen auf Endemann in der Zeitschrift f. Handelsrecht Bd V S. 377; denselben in seinem Handelsrecht S. 579 Note 8; Cohn in Endemanns Handbuch Bd. III S. 842 und die dort Note 69 Citierten.

kann dies der Depositar gegenüber der Forderung aus dem depositum irregulare. Abschneidung von Weiterungen bei der Zurückforderung anvertrauten Guts, damit der Deponent über das deponierte Gut mit derselben Leichtigkeit, als wenn er das depositum im eigenen Gewahrsam hätte, nach seinem Ermessen disponieren könne: das war die gesetzgeberische Erwägung, die Justinian in l. 11 C. 4, 34 das Gesetz geben liess: „si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat" etc. Mit Recht bezeichnet Dernburg[203]) es als „völlig willkürlich", wenn man die Statthaftigkeit der Kompensation gegenüber dem depositum irregulare annehmen wollte, und ungeachtet des Widerspruchs einzelner Schriftsteller[204]) stimmt ihm Theorie[205]) und Praxis[206]) bei.

Hier haben wir einen Unterschied zwischen depositum irregulare und Darlehn, der auch noch praktischen Rechtens ist. Und auch dieser Unterschied, so können wir erkennen, beruht auf richtiger Würdigung des Unterschieds zwischen Hinterlegungs- und Leihzweck: Dem Zwecke des Deponenten soll das Geschäft dienen, und damit seinem Bedürfnisse in vollkommnerer Weise abgeholfen werde, traf das Gesetz jene Ausnahmebestimmung.

[203]) Compensation, S. 514.

[204]) vergl. Eisele, Compensation, S. 355. Wenn Endemann, Handelsr., S. 596 sagt, zu dem Ausschluss der Kompensationseinrede beim handelsrechtlichen depositum irregulare läge kein Grund vor, so ist dies wohl nur als gesetzgeberische Erwägung gemeint.

[205]) vergl. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, S. 43, Note 91; Cohn, a. a. O. S. 928, Note 53.

[206]) vergl. Reichsgericht Bd. XII No. 20, S. 89, 90; Reichsoberhandelsgericht Bd. IX S. 437; Seufferts Archiv Bd. L S. 324.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch steht auf einem anderen Standpunkt wie das gemeine Recht: Es überlässt es grundsätzlich der Parteiabmachung, die Kompensationseinrede einer Forderung gegenüber auszuschliessen[207]). Von diesem Standpunkt, den es auch beim depositum regulare[208]) festhält, beim depositum irregulare abzugehen, lag um so weniger Grund vor, als schon im geltenden Rechte im Depositenverkehr der Banken das bisher geltende Verbot der Aufrechnung. vertragsmässig[209]) ausserKraft gesetzt zu werden pflegte[210]) So wird also unser Zukunftsrecht einen gesetzlichen Ausschluss der Aufrechnung beim depositum irregulare nicht kennen und der bezüglich der Kompensationseinrede für das geltende Recht gefundene Unterschied von depositum irregulare und Darlehn nicht mehr bestehen.—

Aus denselben gesetzgeberischen Gründen — Schutz dessen, dessen Bedürfnis abgeholfen werden soll, gegen Uebergriffe des dem Bedürfnisse Abhelfenden und dasselbe vielleicht Ausnutzenden — spricht die cit. l. 11 C 4. 34 dem Depositar auch die Retentionseinrede gegen die a° depositi directa ab. Steht dem Darlehnsschuldner das Retentionsrecht zu? Die Antwort hängt davon ab, welchen Standpunkt man in der äusserst verworrenen[211]) Lehre vom Retentionsrecht einnimmt. Versteht man, — und

[207]) Ausnahmen §§ 393—395; vergl. auch § 575.

[208]) § 688 ff.

[209]) in den Statuten der Banken, d. h. also in der lex contractus, die einseitig von den Banken aufgestellt, von dem Publikum dadurch konsentiert wird, dass es sich mit der Bank in Geschäfte einlässt.

[210]) vergl. Niemeyer a. a. O. S. 140, Reatz a. a. O. Heft I S. 322 Note 3.

[211]) vergl. Dernburg, Compensation, S. 366; Bekker in Iher. Jahrb. Bd. XXX S. 267.

das dürfte das richtigste[212]) sein —, unter dem in der bona fides begründeten und durch exceptio doli geltend gemachten gemeinrechtlichen Retentionsrecht die Befugnis, einem an sich begründeten Anspruche gegenüber die schuldige Leistung bis zur Befriedigung eines fälligen Gegenanspruchs, für den nicht Gleichartigkeit, — dann läge Kompensation vor —, wohl aber Konnexität[213]) zu erfordern ist, zu verweigern; will man also nicht, wie es die ältere Theorie that[214]), nur da von gemeinrechtlichem Retentionsrecht sprechen, wo die retinierte Leistung sich auf individuell bestimmte Sachen bezieht, oder gar, wie Eccius[215]), wo die Innehabung einer fremden körperlichen Sache vorliegt: — so steht einem Retentionsrecht des Darlehnsschuldners nach gemeinem Recht[216]) nichts im Wege, da ja eine der Darlehnsforderung konnexe

---

[212]) vergl. Windscheid, Pand. Bd. II § 351; Dernburg, Pand., Bd. I § 138; Regelsberger, Pand. § 193.

[213]) So Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. I S. 964; Regelsberger a. a. O. S. 688; Bähr in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. XXVIII S. 414; und auch die Praxis, vergl. Reichsgericht Bd. XIV S. 231 und Bd. XXII S. 215, Seufferts Archiv Bd. XLIII No. 90; gegen Windscheid Pand. Bd. II § 351 Note 9 und Langfeld, Lehre vom Retentionsr., S. 97 ff.

[214]) vergl. Pernice, Labeo, Bd. II S. 121 ff (2. Aufl. S. 252 ff); gegen sie Dernburg, Compensation S. 370, Bekker in Iher. Jahrb. Bd. XXX S. 270.

[215]) in Holtzendorffs Rechtslexikon 3. Aufl. Bd. III S. 460.

[216]) Von den neueren Partikularrechten ist das sächsische B. G. B. das einzige, dessen Begriff des Retentionsrechts — vergl. § 768 — es zulässt, von einem Retentionsrecht des Darlehnsschuldners zu sprechen. Dagegen das preussische A. L. R. I, 20 §§ 536—567 verlangt für sein Retentionsrecht die Innehabung einer fremden Sache. Der code civil — vergl. art. 867, 1673, 1749, (1885), 1948, 2082 — definiert das Retentionsrecht nicht, giebt nur Anwendungsfälle, denen das Princip des preuss. A. L. Rs. zu Grunde liegt. Das österreichische B. G. B. § 471 verwirft das Retentionsrecht überhaupt.

Gegenforderung sich wohl denken lässt (z. B. wegen Ersatzes des durch die hingebenen Fungibilien verursachten Schadens[217]). An ein Gelddarlehn dürfen wir allerdings dabei nicht denken, denn dann würde Kompensation am Platze sein. Schon daraus ist ersichtlich, wie praktisch selten das Retentionsrecht beim Darlehn ist und von wie geringer Bedeutung der so zwischen depositum irregulare und Darlehn gefundene Unterschied.

Von einem kaufmännischen Retentionsrecht gemäss Art. 313 H. G. Bs. kann natürlich weder beim Darlehnsschuldner noch beim irregulären Depositar die Rede sein, da die Voraussetzungen des angezogenen Art. 313 bezüglich der zu retinierenden Leistung („an allen beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners" etc.) hier wie da nicht gegeben sind[218]).

Das B. G. B. endlich, dessen „Zurückbehaltungsrecht" (§ 273), was Voraussetzungen und Inhalt betrifft, auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts steht und damit gegenüber den meisten neueren Kodifikationen[219]) eine Erweiterung bedeutet, statuiert dadurch eine Aenderung des gemeinen Rechts, dass es das Zurückbehaltungsrecht überall zulässt, sofern nicht aus dem

---

[217]) Beispiele bei Windscheid, Pand. Bd. II § 371 Note 2a. E.; Cohn a. a. O. S. 849 Text und Note 127 und 128.

[218]) vergl. Endemann in seinem Handbuch Bd. II S. 102, 103; Reichsgericht Bd. XII S. 90, Seufferts Archiv Bd. L No. 191 S. 325 f. In gemeinrechtlichen Gebieten bleibt es aber auch für die im übrigen nach Handelsrecht zu beurteilenden Geschäfte des Bankverkehrs bei dem im Text für das gemeine Recht angeführten Unterschied von depositum irregulare und Darlehn, da ja durch Art. 313 H. G. Bs. nicht das bürgerliche Retentionsrecht aufgehoben ist; vergl. Hahn, Kommentar Bd. II S. 171 zu Art. 313.

[219]) vergl. Note 208 und Reatz a. a. O. Heft I, S. 115 Note 16.

Schuldverhältnis sich ein anderes ergiebt[220]), im übrigen aber den Ausschluss des Retentionsrechts ebenso wie den der Kompensationsbefugnis der Parteiabmachung überlässt. Gemäss § 700 B. G. Bs. wird der das Retentionsrecht betreffende gemeinrechtliche Unterschied im zukünftigen bürgerlichen Recht fallen.

§ 14.

Wir gelangen nunmehr zu zwei Unterschieden zwischen Darlehn und depositum irregulare, die im zukünftigen Recht bestehen bleiben werden: bezüglich Ort und Zeit der Rückgabe.

Fassen wir zunächst den ersten Punkt ins Auge!

Was ist Erfüllungsort, wenn eine Parteiabmachung fehlt? Um diese Frage handelt es sich. Für den Römer, der alles vom Standpunkt des Prozesses betrachtet, lautet die Antwort: Erfüllungsort ist der Klageort[221]). Es ist wohl Mommsen[222]) und Reatz[223]) beizustimmen und im Widerspruch zu Windscheid [224]) zu behaupten, dass dieser römische Standpunkt nicht mehr Anspruch auf praktische Geltung machen könne. Mit Recht scheidet man heute Bringschulden und Holschulden. Die Beantwortung der Frage: Was würde der vernünftige Parteiwille, falls er an den Erfüllungsort gedacht hätte, bezüglich desselben abgemacht haben? bringt uns von selbst dazu, diese Scheidung zu treffen.

Wir stellten oben fest, dass beim Darlehn das Bedürfnis des Darlehnsempfängers, der Leihzweck, beim

---

[220]) vergl. § 556 B. G. Bs.

[221]) l. 38 D. 5, 1: quod pondere aut numero aut mensura continetur ibi dari debet ubi petitur; vergl. auch l. 4 D. 13. 3.

[222]) Beiträge III S. 224—226.

[223]) die Lehre vom Erfüllungsort 1862, S. 25 f., S. 74 f.

[224]) Pand. Bd. II § 282 Note 2.

depositum irregulare das Bedürfnis des Deponenten, der Hinterlegungszweck, den Vertrag charakterisiert. Das Bedürfnis des Darlehnsempfängers wie des Deponenten erheischt Abhülfe, und deshalb kommt der Vertrag zustande, — vorausgesetzt, dass sich jemand findet, der dem Bedürfniss abhelfen kann und will. Einer objektiven Betrachtungsweise erscheint der dem Bedürfnis Abhelfende als die Hauptperson. Der normale Fall ist der, dass der Bedürftige den, der ihm helfen kann, angeht, der Darlehnsempfänger geht zum Kapitalisten, der deponierende Kunde zur Bank. Und so ist es denn ebenfalls der normale Fall, dass bei dieser Hauptperson die Rückleistungsverpflichtung erfüllt wird. Ist diese wirtschaftliche Hauptperson (nämlich der dem Bedürfnis Abhelfende) der Gläubiger, wie z. B. beim Darlehn, so liegt eine Bringschuld vor; ist sie der Schuldner, wie z. B. beim depositum irregulare, so ist die Schuld eine Holschuld. Das ist der materielle Grundsatz, nach dem sich der Erfüllungsort regelt[215]).

Darlehn Bringschuld, depositum irregulare Holschuld. Diesen wichtigen[216]) Unterschied, der im Handelsrecht ebenfalls besteht[217]), wird unser Bürgerliches

[215]) vergl. l. 12 § 1 und pr. D. 16, 3; Ihering in seinem Jahrb. Bd. IV. S. 404 Note 46.

[216]) Weitere rechtliche Folgen des Unterschieds der Erfüllungsorte ergeben sich für die Frage nach dem forum contractus (§ 29 C. P. O.), für die Bestimmung des die rechtliche Wirkung des Vertrags bestimmenden, die Obligation in materieller Hinsicht beherrschenden Rechts (wenigstens nach der vorwiegenden, auch die Praxis beherrschenden Meinung; Citate bei Windscheid Pand. Bd. I § 35 Note 9).

[217]) Für das handelsrechtliche Gelddarlehn und irreguläre Gelddepositum bestimmt sich der Erfüllungsort nach Art. 324 und 325 H. G. Bs. folgendermassen. Da das Gesetz in der richtigen Erkenntnis, dass „Geldschulden selbst im Bereich der Handels-

Gesetzbuch durch die Vorschriften der §§ 697 und 700 einer-, der §§ 269 und 270 andrerseits auch fernerhin beibehalten. —

Dasselbe gilt auch für den zwischen Darlehn und depositum irregulare bezüglich der Rückgabezeit bestehenden Unterschied.

Wann ist der Gläubiger die Leistung zu fordern berechtigt und der Schuldner sie auszuführen verpflichtet?

Es fragt sich zunächst, welche Bedeutung es habe, wenn die Parteien für Darlehn und depositum irregulare eine Zeit bestimmt haben. Beim Darlehn kann der Gläubiger erst am bestimmten Termine die geschuldete Leistung fordern, dies non venit id est pecunia peti non potest (l. 213 pr. D. 50, 16); fordert er früher, so liegt eine plurispetitio tempore vor (§ 33 J. 4. 6). Beim depositum irregulare aber kann der Gläubiger auch wenn bei der Hinterlegung eine Zeit der Rückforderung bestimmt ist, doch jeder Zeit das Geld zurückfordern: So bestimmen

---

geschäfte einen zu verschiedenen Ursprung haben, als dass dieselbe Regel für alle geeignet wäre" (Regelsberger in Endemanns Handbuch, (Bd. II S. 511), den gesetzlichen Zahlungsort des Art. 325 nur unter dem Vorbehalt aufstellt, „wenn nicht ein Anderes aus der Natur des Geschäfts hervorgeht", so bewendet es beim depositum irregulare, weil nach der Natur dieses Geschäfts „Abholen, nicht Bringen der Rückzahlung üblich ist", (Endemann a. a.O.), bei dem gesetzlichen Erfüllungsort des Art. 324, — während für das Darlehn der Erfüllungsort des Art. 325 bezüglich Uebermachung der Zahlung, sowie bezüglich der Frage nach Gefahr und Kosten, Münzfuss und Währung (Art. 336 H. G. Bs. und Reichsoberhandelsgegericht Bd. XV. Nr. 98 S. 330), Rechtzeitigkeit der Zahlung (vergl. Hahns Kommentar 2. Aufl. Bd. II S. 221 und Regelsberger a. a. O.), der Erfüllungsort des Art. 324 bezüglich des forum contractus und „in sonstiger Beziehung" d. h. also in betreff des für die Obligation massgebenden Rechts und des Handelsgebrauchs (Art. 327 H. G. Bs., Regelsberger a. a. O. S. 507) gilt.

es die Entscheidungen der l. 1 §§ 45 und 46 D. 16, 3. — Auf der anderen Seite kann der Darlehnsschuldner auch vor dem Fälligkeitstermine seine Darlehnschuld abtragen. Der Gläubiger ist (es sei denn, dass jene Zeitbestimmung unbedingt gemeint war: nicht früher, nicht später, sondern gerade am ausbedungenen Termin) zur Annahme der Zahlung verpflichtet: certa die promissum vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur (l. 38 § 16 D. 45,1)[228]). Der Depositar aber, der zur Aufbewahrung gerade innerhalb der bedungenen Zeit verpflichtet sein soll, kann vor der Zeit die Abnahme nicht fordern. Höchstens können wir mit Koch[229]) ihm diese Befugnis dann zusprechen, „sobald er ausser Stand kommt, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachteil ferner zu behalten." — Wir sahen: Während beim Darlehn der in dubio geltende Satz der l. 41 § 1 D. 45, 1, „diei adjectionem pro reo esse non pro stipulatore", Anwendung findet, zeigen die angezogenen Quellenentscheidungen, dass die Zeitbestimmung beim depositum irregulare als lediglich zum Vorteile des Hinterlegers beigefügt aufgefasst zu werden verdient: er soll vor unzeitiger Rückgabe geschützt sein. — Genau dieselben Vorschriften giebt unser Bürgerliches Gesetzbuch in seinem § 271 Satz 2 einer-, in § 696 Satz 2 in Verbindung mit § 700 andererseits.

Nun aber die zweite Frage: Was gilt, wenn Darlehn und depositum irregulare ohne Einigung über die Zeit der Rückgabe abgeschlossen werden? Dann heisst

[228]) Dabei berechtigt denn allerdings ihn nur eine besondere Vereinbarung mit dem Gläubiger zum Abzug des commodum repraesentationis: so auch nach § 272 des B. G.-Bs.

[229]) das Recht der Forderungen 2. Aufl. Bd. III S. 465. Der § 696 B. G.-Bs. giebt diese Befugnis, „wenn ein wichtiger Grund vorliegt."

es nach römischem Recht, und übereinstimmend nach Art. 316 H. G.-Bs., für beide Geschäfte: quotiens in obligationibus dies non ponitur, praesenti die debetur. (l. 41 § 1 D. 45, 1). Die Leistung kann sofort gefordert und kann sofort angeboten werden.[230])

Zweifellos — das geht aus den im ersten Teil [231]) gegebenen Auseinandersetzungen hervor — entspricht nun diese Bestimmung dem Wesen des Verwahrungsvertrags. Aber auch dem des Darlehns? — Wir sahen oben, dass die Parteien häufiger ein terminiertes Darlehn, seltener ein stets fälliges verabreden. Wenn sie nun eine diesbezügliche Abmachung zu treffen unterliessen, dann soll der Schuldner dem Gläubiger auf dessen auf Auflösung des Vertragsverhältnisses gerichtete Erklärung sofort die Leistung bereitstellen und bringen, und umgekehrt der Gläubiger auf Aufkündigung seitens des Schuldners sofort dessen Leistung abnehmen müssen, ohne dass der eine Zeit gehabt hätte, rechtzeitig sich das Geld zu verschaffen, und der andere, sich um anderweitige Unterbringung seines Kapitals zu kümmern! Entspricht dies „sofort" dem Parteiinteresse? Ist es nicht vor allem eine Härte gegen den Dahrlehnsschuldner, dem doch, als dem beim Vertrage als bedürftig Erscheinenden, der Gesetzgeber seine Hülfe nicht versagen sollte? Freilich „quod dicimus debere statim solvere cum aliquo scilicet temperamento temporis intellegendum est" (l. 105 D. 46, 3). Aber ist nicht gerade wegen der Unbestimmtheit des Begriffs „angemessene Frist" für beide Teile eine feste Umgrenzung desselben erwünschst? Liegt es nicht nahe, dass der

[230]) Doch muss auf die Umstände billigerweise Rücksicht genommen werden: l. 105 D. 50, 17 und l. 1 § 22 D. 16, 3, vergl. Glück Bd. XII, S. 94; Bd. XV, S. 189.

[231]) vergl. S. 39

Gesetzgeber, die fehlende Parteiabmachung aus der Intention einer fingierten Musterpartei ersetzend, eingriffe? Die neuere Gesetzgebung[232]) hat denn auch dem Rechnung getragen: Dem preussischen Allgemeinen Landrecht folgend will auch unser Bürgerliches Gesetzbuch den realen Lebensverhältnissen gerecht werden durch die Aufstellung der Regel, das Darlehn stehe auf Kündigung, zu der beide Teile gleichmässig berechtigt und verpflichtet sind, sowie durch Einführung zweier nach der Höhe des dargeliehenen Kapitals abgestuften in subsidium geltenden Kündigungsfristen[233]). Der § 609 des B. G.-Bs., der sich von dem § 457 des I. Entwurfes vorteilhaft unterscheidet, giebt in allen seinen drei Absätzen sehr brauchbare Bestimmungen. Durch die gesetzlichen Kündigungsfristen wird sich im Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs das Darlehn vom depositum irregulare unterscheiden, denn die für das letztere gegebene Bestimmung des § 696 in Verbindung mit § 700 steht auf gemeinrechtlichem Standpunkt.

---

[232]) Das sächsische B. G.-B. § 1077 ist auf dem Standpunkt des römischen Rechts stehen geblieben: Ist die Zeit der Rückgabe nicht bestimmt oder eine Kündigung ohne Zahlungsfrist bedungen, so kann die Rückgabe sofort verlangt werden, in beiden Fällen vorbehaltlich des Rechts des Erborgers auf Gestattung einer den Umständen angemessenen Frist. Der code civil art. 1900, 1901 schreibt richterliche Bestimmung nach den Umständen vor. Die Vorschriften des preuss. A. L. Rs. I. 11 §§ 61–768 sind für das B. G.-B. vorbildlich geworden.

[233]) vergl. die Motive a. a. O. Bd. II S. 314.

§ 15.

Damit glauben wir die Unterschiede, die das geltende bürgerlichen Recht an den eingangs dargelegten Thatbestandsunterschied geknüpft hat, im Vorstehenden aufgezählt zu haben. Die wichtigsten Unterschiede zwischen depositum irregulare und Darlehn beziehen sich auf Ort und Zeit der Rückgabe. Sie will auch, so sahen wir, unser neues deutsches Bürgerliches Gesetzbuch beibehalten. Ob es wirklich zweckmässig war, das gemeinrechtliche depositum irregulare mit in das Recht des 20. Jahrhunderts hinüber zu schleppen, ist eine andere Frage. Wenn aber nun einmal der deutsche Gesetzgeber das depositum irregulare als besonderes Rechtsgeschäft gelten lassen will, so zeigt er darin jedenfalls eine richtige Würdiguug des Unterschieds der Thatbestände, dass er das Geschäft, das bisher unter dem Namen depositum irregulare bekannt war, nicht als einen besonders gearteten Darlehnsfall, sondern als Abart des Verwahrungsvertrags konstruiert[234]).

Die Wirklichkeit des thatsächlichen Unterschieds des Hinterlege- uud Leihzwecks wird immer bleiben, so lange es Menschen giebt. Der Unterschied jener Thatbestände ändert sich niemals. Die Gesetzgebung aber ist ein Werk des Menschen, sie kann sich ändern. Rechtspolitische Gründe der verschiedensten Art können

[234]) Wenigstens ist das in der endgültigen Fassung des Gesetzes der Fall, und dadurch unterscheidet sich der § 700 des Gesetzbuchs vorteilhaft von der subtilen Fassung des § 618 des I. Entwurfs.

den einen Gesetzgeber bestimmen, feinere Nüancierungen durchweg dem Parteiwillen zu überlassen, und ein anderer Gesetzgeber glaubt durch die detailliertesten Normierungen, den Parteiwillen bevormundend, eingreifen zu müssen, und so seiner Aufgabe gerecht zu werden. Die richtige Mitte zu halten, wird immer schwierig sein. Der Leihzweck wird immer ein anderer sein als der Hinterlegungszweck, und stets wird der Gesetzgeber wohl zu überlegen haben, ob er dem Unterschied zwischen den beiden behandelten Thatbeständen Rechnung tragen soll, oder ob er den realen Lebensverhältnissen gerecht wird, wenn er ihm keine rechtliche Beachtung schenkt, wenn er also den Thatbestand des depositum irregulare ebenso wie den des Darlehns behandelt. Nicht „die Harmonie unseres Rechtssystems", mit der Bruckner[235]) das Beibehalten des depositum irregulare begründen will, hat den Gesetzgeber zu leiten, sondern allein die Frage: Besteht heute noch ein Bedürfnis für dieses abnorme römische Institut? Und man thut auch den stets mit dem realen Leben und seinen Anforderungen in enger Berührung stehenden römischen Praktikern wohl bitter Unrecht, wenn man[236]) überhaupt den Gedanken aufkommen lässt, es habe sie vorzugsweise „wissenschaftliche Forschung auf dieses Geschäft gebracht". In Rom verlangte die stricti-juris-Natur des Darlehns Beachtung jenes thatsächlichen Unterschieds, die Reception des depositum irregulare erklärt sich aus dem Einfluss des kanonistischen Zinsverbots und aus der blinden Bewunderung jeder nur im Corpus juris Justinians enthaltenen Bestimmung. So war das depositum irregu-

[235]) a. a. O. S. 81.

[236]) vergl. Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, III, Rostock 1858, S. 39.

lare in Rom, und ist es im gemeinen Recht kein figmentum doctorum, keinHirngespinnst spekulativer Juristen, es war und blieb positives Recht. — Wenn es aber bei der Emanation eines neuen Civilgesetzbuches gilt, unter den römischen Bestimmungen zu sichten, Jahrhunderte alten Kontroversen endlich den Boden zu entziehen, zu prüfen, was von der Weisheit römischer Juristen für uns sich noch als brauchbar erweise: da fragt es sich doch, ob wirklich die durch eine gesetzgeberische Identifizierung von depositum irregulare und Darlehn zu überbrückende Kluft so „tief" ist, wie Bruckner [237]) annimmt, ob nicht vielmehr den Verkehrsbedürfnissen besser gedient ist, wenn die ungeheuer schwierige Thatfrage, ob in concreto der Hinterlegungs- oder der Leihzweck der vorwiegende ist, ob also der Thatbestand des depositum irregulare oder Darlehns vorliege, nicht mehr beantwortet zu werden braucht, — wenn die Einfachheit des Gesetzbuches dadurch gewinnt, dass es dem Parteibelieben anheim gestellt bleibt, selbst über Ort und Zeit der Rückgabe eventuell abweichende Bestimmungen zu treffen, — wenn also der Begriff „depositum irregulare" als im positiven Recht antiquiert der Rechtsgeschichte anheimfällt.

---

[237]) a. a. O. S. 82.